

**Spannungen im Verhältnis
des türkischen zum deutschen
Familienrecht**

Urhan NARLIOĞLU

1965

SPANNUNGEN IM VERHÄLTNIS DES TÜRKISCHEN
ZUM DEUTSCHEN FAMILIENRECHT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Urhan NARLIOĞLU
aus Ankara

1965

Referent: Prof. Dr. Murad F e r i d

Korreferent: Prof. Dr. E. U l m e r

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1965



UNI-Druck, München 13, Amalienstraße 85

INHALTSVERZEICHNIS

1. Kapitel:	
<u>KOLLISIONSNORMEN IM IPR DER TÜRKEI</u>	2
A. Staatsverträge, Niederlassungs- und Konsularabkommen, Handels- und Schifffahrtsverträge usw.	2
B. Gesetze	2
C. Rechtsprechung und Gewohnheitsrecht	2
2. Kapitel:	
<u>SPANNUNGEN IM VERHÄLTNIS DES DEUTSCHEN ZUM TÜRKISCHEN FAMILIENRECHT</u>	4
Erster Teil:	
<u>Verlöbnis</u>	4
A. Die Qualifikation und der Begriff des Verlöbnisses im deutschen und türkischen IPR	4
B. Anknüpfung	5
C. Die durch die materiellen Voraussetzungen des Ver- löbnisses auftretenden Spannungen	7
I. Allgemeines	7
1. Verlobungsfähigkeit	7
2. Verlobungshindernisse	10
a) Eheverbote der Verwandtschaft (\$ 4 EheG; Art. 92 tZGB)	10
b) Ehebruch (\$ 6 I, II EheG)	11
3. Folgen des Verlöbnisbruchs	11
a) Schadensersatzanspruch (\$ 1298 BGB; Art. 84 tZGB)	11
b) Genugtuungsanspruch des Art. 85 tZGB und Deflorationsanspruch des § 1300 BGB	12
c) Rückgabe der Geschenke (Art. 86 tZGB)	14
Zweiter Teil:	
<u>Die Eheschließung</u>	15
I. Maßgebendes Recht	15
II. Gegenüberstellung	16

1. Ehesfähigkeit	16
a) Mindestalter	16
b) Geschäftsfähigkeit; Urteilsfähigkeit	17
2. Eheverbote	18
a) Das Verbot der Verwandtschaft	18
b) Das Eheverbot der Adoptivverwandtschaft	19
c) Das Eheverbot des Ehebruchs	19
d) Das Eheverbot aufgrund von Krankheiten	19
e) Das Eheverbot der Doppelehe	20
3. Ehesfähigkeitszeugnis und die Befreiung von der Beibringung des Ehesfähigkeitszeugnisses	24
a) Befreiung von der Beibringung des Ehe- fähigkeitszeugnisses	24
b) Das Ehesfähigkeitszeugnis	26
4. Die Form der Eheschließung	27
5. Auseinandersetzungszeugnis nach § 9 EheG und seine Behandlung im deutsch-türkischen Ver- hältnis	28

Dritter Teil:

<u>Die fehlerhafte Ehe</u>	30
I. Maßgebendes Recht	30
II. Zuständigkeit der deutschen Gerichte	31
III. Die Gegenüberstellung der Anfechtungs- und Nichtig- keitsgründe des deutschen und des türkischen Rechts	31
1. Allgemeines	31
2. Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe	31
3. Die Nichtigkeitsklage	34
4. Das Urteil	35
5. Probleme bei der Geltendmachung der Nichtig- keitsgründe	36
a) Durch Privatpersonen	36
b) Durch den Staatsanwalt	37

Vierter Teil:

<u>Wirkungen der Ehe</u>	39
A. Persönliche Eheswirkungen	39
I. Maßgebendes Recht	39
II. Die Wirkungen der Eheschließung auf die Staatsange- hörigkeit der Ehefrau	40

1. der türkischen Frau	40
2. der deutschen Frau	41
III. Die Spannungen, die bei der Anwendung des materiellen türkischen Rechts durch den deutschen Richter auftauchen	42
1. Anwendung der Vorschriften über das Eingriffs- und Entscheidungsrecht des Ehemannes	42
2. Name der Ehefrau	44
3. Unterhaltsanspruch	45
a) Unterhaltspflicht	46
b) Unterhaltspflicht im Rahmen der einstweiligen Anordnungen	47
c) Prozeßkostenvorschuß	48
4. Verbotene Rechtsgeschäfte der Ehefrau nach Art. 169 III tZGB	51
5. Rechtsgeschäfte unter Ehegatten nach Art. 169 II tZGB	55
6. Anwendung des Art. 11 II tZGB ("Heirat macht mündig")	58
7. Anwendung der Bestimmungen des türkischen Rechts über die Schlüsselgewalt durch den deutschen Richter (Art. 155-158 tZGB)	60
a) Voraussetzungen der Schlüsselgewalt	60
b) Inhalt und Umfang der Schlüsselgewalt	61
c) Wirkungen der Schlüsselgewalt	62
d) Wirkung der Beschränkung, bzw. der Beendigung der Schlüsselgewalt gegenüber Dritten	63
e) Ergebnis	64
8. Die Gewerbefrau; Anwendung des Art. 159 II tZGB in Deutschland	65
9. Die Eigentumsvermutungen im deutschen und im türkischen Recht (Art. 193, 211 tZGB; § 1362 BGB)	67
B. Güterrechtliche Beziehungen der Ehegatten	69
1. Einführung	69
2. Materielles türkisches Recht; insbes. die Bedeutung des Art. 15 II S. 2 EGBGB	70
3. Ausschlagung einer Erbschaft nach Art. 200 und 214 tZGB	74

C. Schutz der Ehe nach Art. 161-169 tZGB und die Anwendung in Deutschland	75
I. Einleitung	75
II. Das materielle türkische Recht	75
III. Die Ehestörungsklage	79

Fünfter Teil:

<u>Scheidung und Trennung von Tisch und Bett</u>	83
--	----

I. Allgemeines	83
1. Maßgebendes Recht	83
2. Zuständigkeit	84
a) Zuständigkeit der deutschen Gerichte	84
b) Zuständigkeit der türkischen Gerichte	84
II. Die Anwendung des türkischen Ehescheidungsrechts in Deutschland	85
1. Das materielle türkische Recht und seine Anwendung durch den deutschen Richter	85
a) Gegenüberstellung der Scheidungsgründe der beiden Rechtsordnungen im Lichte des Art. 17 IV EGBGB	85
aa) Der allgemeine Scheidungsgrund der Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses nach Art. 134 tZGB und der Scheidungsgrund des § 43 EheG des deutschen Rechts	85
bb) Geisteskrankheit als Scheidungsgrund im deutschen und türkischen Recht (§§ 44, 45 EheG; Art. 133 tZGB)	87
cc) Böswillige Verlassung nach Art. 132 tZGB	88
b) Die einzelnen Spannungen, die bei der Anwendung des türkischen materiellen Scheidungsrechts auftauchen	91
aa) Anwendung der Bestimmungen über die vorsorglichen Maßregeln (Art. 137 tZGB)	91
bb) Anwendung des Art. 142 tZGB (Eheverbotsfrist)	91
cc) Der Schuldausspruch des § 52 EheG und die Anwendung des Art. 148 tZGB	95

1) Der Schuldausspruch nach § 52 EheG bei Maßgeblichkeit des materiellen türkischen Rechts	95
2) Anwendung der Art. 148, 149 tZGB in Deutschland	98
dd) Namensrechtliche Gestattung im Scheidungsurteil gemäß Art. 141 tZGB und die Anwendung in Deutschland	100
ee) Richterliche Genehmigung eines Scheidungsvertrages nach Art. 150 Nr. 5 tZGB	102
2. Anerkennung deutscher Scheidungsurteile in der Türkei und die Folgen der Nichtanerkennung und Vollstreckung	104
a) Scheidungen von Ausländern (Deutschen)	104
b) Scheidungen von Türken oder von Eheleuten, deren einer Teil die türkische Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Scheidung noch besitzt	106
III. Trennung von Tisch und Bett (Art. 139 tZGB)	109
1. Einleitung	109
2. Das materielle türkische Recht	110
3. Aussprechung der Trennung von Tisch und Bett durch ein deutsches Gericht	111
4. Die Anerkennung türkischer Trennungsurteile in Deutschland	118
a) Wenn das türkische Urteil türkische Staatsangehörige betrifft	118
b) Wenn das türkische Urteil deutsche Staatsangehörige betrifft	118
Sechster Teil:	
<u>Kindschaftsrecht</u>	119
1. Abschnitt:	
<u>Das eheliche Kindschaftsrecht</u>	119
A. Die eheliche Abstammung	119
I. Die Abstammung	119
1. Maßgebendes Recht	119
2. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte in Abstammungsfragen	120

3.	Das materielle türkische Recht	121
a)	Vaterschaftsvermutung und Empfängniszeit	121
b)	Anfechtung der Ehelichkeit	122
c)	Probleme der Anwendung des türkischen materiellen Rechts in Deutschland	124
II.	Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern	126
1.	Maßgebendes Recht	126
2.	Das materielle türkische Recht und die Probleme seiner Anwendung	127
B.	Die Legitimation	131
I.	Einleitung	131
II.	Das materielle türkische Recht und die bei dessen Anwendung in Deutschland sich ergebenden Probleme	132
1.	Einleitung	132
2.	Legitimation durch nachfolgende Ehe nach Art. 247 ff. tZGB und Anwendung in Deutschland	132
3.	Die Ehelichkeitserklärung nach Art. 249 tZGB und §§ 1723 ff. BGB	136
4.	Die Ehelichkeitserklärung von Staats wegen nach dem Gesetz Nr. 6652	137
5.	Anfechtung der Ehelicherklärung (Art. 251 tZGB)	138
6.	Die Einwilligung nach Art. 22 II EGBGB	138
C.	Die Kindesannahme	139
I.	Maßgebendes Recht	139
II.	Zuständigkeit der deutschen Gerichte	140
III.	Das materielle türkische Recht und die Probleme seiner Anwendung durch den deutschen Richter	141
1.	Einleitung	141
2.	Anwendung des türkischen Adoptionsrechts in Deutschland	142
a)	Rechtsvergleichung im Hinblick auf Art. 22 II EGBGB	142
b)	Zweckmäßigkeitsprüfung gemäß Art. 256 S. 2 tZGB durch die deutschen Gerichte	143
2.	Abschnitt:	
	<u>Das uneheliche Kindschaftsverhältnis</u>	147
A.	Anknüpfungen	147
I.	Anknüpfungen aufgrund des deutschen IPR	147

II. Anknüpfungen aufgrund des türkischen IPR	148
III. Maßgeblichkeit des türkischen Rechts in Deutschland	149
1. Vater und Mutter türkisch	149
2. Türkische Mutter und deutscher Vater	149
3. Türkischer Vater und deutsche Mutter	150
B. Materielles türkisches Recht und Probleme seiner Anwendung in Deutschland	151
I. Einleitung	151
II. Die Beziehungen des Kindes zur Mutter	151
1. Maßgeblichkeit des türkischen Rechts in Deutschland	151
2. Das materielle türkische Recht	151
III. Die Beziehungen des unehelichen Kindes zum Vater	154
1. Maßgeblichkeit des türkischen Rechts in Deutschland	154
a) Unterhaltspflicht	154
b) Die sonstigen Rechtsbeziehungen zwischen dem unehelichen Kind und dem Vater	154
2. Das materielle türkische Recht und seine Anwendung in Deutschland	154
a) Die Anerkennung (Art. 291 ff. tZGB)	154
b) Wirkungen des Statutenwechsels des Vaters für das Vaterschaftsanerkennnis nach Art. 291 ff. tZGB	158
aa) Der türkische Vater wird Deutscher	159
bb) Der deutsche Vater wird Türke	160
c) Die Vaterschaftsklage (Art. 295 ff. tZGB)	161
aa) Voraussetzungen für die Klage und ihren Erfolg	162
bb) Die verschiedenen Arten der Vaterschaftsklage und ihre Anwendung in Deutschland	162
1) Die Vaterschaftsklage auf Verurteilung des Vaters zu Vermögensleistungen an die Mutter (Art. 304, 305 tZGB)	162
2) Die Vaterschaftsklage auf Verurteilung des Vaters zu Vermögensleistungen an das Kind (Art. 306-307 tZGB)	164
3) Die Vaterschaftsklage auf Zusprechung mit Standesfolge (Art. 310 tZGB)	165
A) Das materielle türkische Recht	165
B) Die Anwendung des Art. 310 tZGB in Deutschland	166

C)	Anerkennung deutscher Urteile in der Türkei	166
D)	Anerkennung türkischer Urteile in Deutschland	167
IV.	Eintragungen ins Geburtenbuch in Deutschland	168
1.	Die Eintragung aufgrund der Anerkennung des Art. 291 tZGB	168
2.	Die Eintragung aufgrund eines Urteils über die Zusprechung mit Standesfolge	169
Siebter Teil:		
<u>Unterhaltspflicht zwischen Geschwistern</u>		170
I.	Maßgebendes Recht	170
1.	Das deutsche IPR	170
2.	Das türkische IPR	170
3.	Die Vorfragen	170
II.	Das materielle türkische Recht und die Probleme seiner Anwendung in Deutschland	170
1.	Das materielle türkische Recht	170
2.	Das Problem der Anwendung in Deutschland	171
Literaturverzeichnis		173
		190

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Ad. Der.	Adalet Dergisi
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsent- scheidungen, Aarau, 1947 ff.
Ank. Huk. Fak. Der. (Mec)	Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundes- gerichtes, amtliche Sammlung, Lausanne 1875 ff.
BIZÜR=BIZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zü- rich 1902 ff.
C = Ct	Cilt (= Band)
DHH	Devletler Hususi Hukuku (= IPR)
E	Esas No (= Aktenzeichen)
EHVK	Ecnebilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun
ETK = altes tHGB	das alte türkische HGB
HD	Hukuk Dairesi (= Zivilsenat)
HGK	Hukuk Genel Kurulu (= Generalversammlung der Zivilsenate)
HMUK = tZPO	Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu
Huk. Bil. Mec.	Hukuki Bilgiler Mecmuası
Muk. Huk. Der.	Mukayeseli Hukuk Dergisi
IIK = tKO	İcra İflas Kanunu
Ist. Bar. Mec.	Istanbul Barosu Mecmuası
Ist. Huk. Fak. Mec.	Istanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
Intern. FamR. Dtl. u. Fr.	Das internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs, Tübingen und Paris 1955
Ikt. Şur.	İktisat Şurası
Izm. Bar. Der.	Izmir Barosu Dergisi
K	Karar No (= Beschluß Nr.)
MK = tZGB	Türk Medeni Kanunu (= türkisches Zivilge- setzbuch vom 4.11.1926)
No	Nummer
Res. G.	Resmî Gazete (= Amtsblatt)
SBO. Der.	Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi
SchJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich 1904 ff.
Sos. Huk. ve Ikt. Mec.	Sosyoloji Hukuk ve İktisat Mecmuası

Sten-Bull	Amtliches-stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
sy	sayı (= Nummer der Zeitschrift)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweiz. ZGB (5. Teil: Obligationenrecht), vom 30.3.1911
Tat.Yg.Kar.	Tatbiki Yargıtay Kararlari (Adliye Bakanliginin muhtelif yillara ait yayinlari)
tNotG	Noter Kanunu (= türkischer NotarG)
Tem (= Yarg.)	Temyiz = Yargıtay (= der türkische Kassationshof)
tOR	Türk Borclar Kanunu
tStGB	Türk Ceza Kanunu
TVK = tStAG	Türk Vatandaslik Kanunu (= türkisches Staatsangehörigkeitsgesetz)
VZOD	Verordnung über den Zivilstandesdienst vom 18.5.1928, abgedruckt im Bd. I bei Egger
Ygt.Gnl.Kurulu	Yargıtay Genel Kurulu (= Generalversammlung des Kassationshofes)
YTK = neues tHGB	das neue türkische HGB
ZBernJV = ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern 1864 ff.
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundstücksrecht, Wädenswil 1920 ff.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basel 1852 ff., N.F. Basel 1882 ff.

EINLEITUNG

In dieser Arbeit soll die Anwendbarkeit des türkischen Familienrechts durch die deutschen Gerichte untersucht werden. Besonderes Gewicht wird dabei auf die verhältnismäßig zahlreichen Fälle gelegt, in denen beide Rechtsordnungen mehr oder minder stark voneinander abweichen. Von der rechtsvergleichenden Methode ausgehend wird eine Lösung der durch die Disharmonie beider Rechte entstehenden Konflikte zunächst aus den Sachnormen heraus versucht, erst in zweiter Linie mit allgemeinen Prinzipien, wie etwa der Vorbehaltsklausel.

Die herrschenden Meinungen im deutschen IPR, wie sie sich auch insbesondere in der Rechtsprechung herausgebildet haben, sollen in aller Regel berücksichtigt werden. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil nur dadurch Lösungen gefunden werden können, auf die sich die gerichtliche Praxis auch tatsächlich stützen kann und wird, was der Verfasser bei der ständig steigenden Zahl der in Deutschland anwesenden türkischen Staatsangehörigen in hohem Maß berücksichtigen zu sollen glaubte.

Bereits an dieser Stelle sei dabei auf die Besonderheit hingewiesen, daß bei der Behandlung der im türkischen Recht umstrittenen Fragen stets auch die in der schweizer Theorie und Praxis vertretenen Meinungen wiedergegeben werden, da das türkische Zivilgesetzbuch im Jahre 1926 wörtlich aus dem französischen Text des schweizerischen Zivilgesetzbuches übersetzt und in der Türkei rezipiert wurde und deshalb im türkischen Rechtsleben bei strittigen Fragen auch immer die Lehre und Rechtsprechung der Schweiz zur Lösung mit herangezogen wird.

Hingewiesen sei auch auf die Tatsache, daß sich ein von Rechtsprechung und Wissenschaft durchbildetes IPR in der Türkei aufgrund deren früherer Abgeschiedenheit erst in den letzten 15 Jahren langsam zu entwickeln begonnen hat. Zahlreiche Fragen sind daher im türkischen IPR gar nicht oder nur unbefriedigend gelöst und können daher nur schwer der internationalen Entscheidungsharmonie entsprechend gelöst werden. An einigen Stellen der Arbeit kann daher nur eine zwar wünschenswerte, aber aufgrund der gegebenen Umstände noch nicht durchführbare Lösung aufgezeigt werden. Auf die noch bestehenden Schwierigkeiten dieser Lösungsweise wird aber jeweils deutlich hingewiesen.

1. Kapitel

KOLLISIONSNORMEN IM IPR DER TÜRKEI

Kollisionsnormen im türkischen IPR sind:

- A. Staatsverträge, Niederlassungs- und Konsularabkommen,¹⁾ Handels- und Schiffsverkehrsverträge usw.
- B. Gesetze
1. Art. 678-687; 731-732 des neuen tHGB vom 9. 7. 1956 (die entsprechenden Paragraphen des alten tHGB sind; Art. 601-607, 636)²⁾
Art. 88 des Gesetzes über Kunst- und Geisteswerke vom 5. 12. 1951.
 2. Kollisionsrechtliche Vorschriften, die in fremdenrechtlichen Vorschriften enthalten sind und die Grundlage des türkischen Systems des IPR bilden, wie:
 - a) Art. 2 und 4 EHVK³⁾
 - b) Art. 540 tZPO vom 4. 7. 1927
 - c) und weitere in verschiedenen Gesetzen verstreute Vorschriften, die sich auf Gerichtsbarkeit und Zuständigkeit beziehen (z. B.: Art. 31, 300 tZGB; Art. 18, 296, 495, 496 tZPO; Art. 26 tHGB; Art. 10 des vorläufigen Gesetzes vom 30. 11. 1914 über ausländische Aktien- und Anteilsgesellschaften).
- C. Rechtsprechung und Gewohnheitsrecht
- Die Rechtsprechung und die Lehre spielen eine große Rolle. Gewohnheitsrechtliche Kollisionsnormen dagegen - ausgenommen vom Seerecht - sind
-
- 1) Das deutsch-türkische Abkommen über den Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen vom 28. 5. 1929, das durch die kriegserischen Ereignisse suspendiert worden war, ist mit Wirkung vom 1. 3. 1952 wieder in Kraft getreten (vgl. Nr. 4 der Bekanntmachung vom 29. 5. 1952 BGBl II, S. 608). Siehe: Bülow - Arnold, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 1960, S. 387, 1-11.
 - 2) Die Art. 601-603 entsprechen den Art. 74-76 der Haager Einheitlichen Wechselordnung in der Fassung des Haager Wechselrechtsabkommens vom 23. 7. 1912.
 - 3) Das vorläufige Gesetz vom 23. 2. 1330 (1915) über die Rechte und Pflichten der im Osmanischen Reich sich aufhaltenden Ausländer (= Ecnebilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun).

im türkischen IPR kaum anzutreffen. Nach dem Grundsatz des Art. 1 tZGB soll der Richter nach dem Gesetz, bei Lücken des Gesetzes nach Gewohnheitsrecht und, wo auch solches fehlt, nach der Regel entscheiden, wie er als Gesetzgeber sie aufstellen würde. Dies ist für das türkische IPR besonders deswegen wichtig, weil auch Art. 4 EHVK eine entsprechende Verweisung auf Art. 1 tZGB enthält (die im Falle von Gesetzkollisionen im türkischen IPR dem Richter die in diesem Artikel gewährte Möglichkeit an die Hand gibt).⁴⁾

4) Hirsch, E. Ernst, Die Quellen des IPR in der Türkei, Festschrift für Hans Lewald, S. 245 ff., betont, daß seit 1926 für die Auslegung dieser Bestimmung Art. 1 II tZGB "wegweisend" geworden ist.

2. Kapitel

SPANNUNGEN IM VERHÄLTNIS DES DEUTSCHEN ZUM TÜRKISCHEN FAMILIENRECHT

Erster Teil: VERLÖBNIS

A. Die Qualifikation und der Begriff des Verlöbnisses¹⁾ im deutschen und türkischen IPR

Man kann heute für das deutsche Recht die Meinung, die in der Verlobung einen familienrechtlichen Vertrag sieht, in Rechtslehre und Rechtsprechung als herrschende bezeichnen.²⁾

Die Verlobung ist im türkischen sowie im schweizerischen Recht³⁾ ein Vertrag; dies ergibt sich ohne weiteres aus dem französischen Text des schweizerischen ZGB, der die Grundlage für die Übersetzung ins Türkische gebildet hat (contrat de fiançailles). Nach diesem wird durch das gegenseitige Eheversprechen (Art. 82 I tZGB) die Verlobung als das besondere familienrechtliche Verhältnis des Brautstandes begründet. Sie ist familienrechtlicher Natur und schließt die Anwendung insbesondere der allgemeinen Bestimmungen des Ob-

-
- 1) Den Begriff "Verlöbnis" gebrauchen die beiden Gesetzbücher nicht genau im gleichen Sinne; das BGB im Sinne "Brautstand"; das tZGB unterscheidet Verlobung; Begründungsakt des Verlöbnisses und Verlöbnis; durch die Verlobung begründetes Verhältnis (Brautstand); so Egger, Komm. zum schweiz. ZGB, Bd. II 1, Art. 90, RdNr. 2.
 - 2) Die Entscheidungen des RG, die auf dem Boden des gemeinen Rechts fußen, betonen vorwiegend die obligatorische Seite der Verlobung (RGE 20, 333, 334; 23, 172); seit dem Inkrafttreten des BGB hat sich aber auch die deutsche Rechtsprechung immer mehr zur familienrechtlichen Natur des Verlöbnisses bekannt (RGE 61, 267; 80, 88). So Stutz, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem bürgerlichen Recht, Tübingen 1900, S. 59; Lehmann, Deutsches Familienrecht, Berlin 1960, § 6 I; "rein tatsächliches soziales Verhältnis"; Lothar, Ersatz immaterieller Schäden bei Verlöbnisbruch im IPR und Auslandsrechten, FamRZ 1959, 475-478.
 - 3) Die Beziehungen des türkischen zum schweizerischen Recht wurden bereits in der Einleitung dargelegt.

ligationenrechts⁴⁾ insoweit aus, als sich dieses nicht mit der Natur des Verlöbnisses verträgt. Daher gehört das Verlöbniß, das den Menschen in seinem innersten Wesen ergreift, dem Familienrecht an.^{5) 6)}

B. Anknüpfung

Grundsätzlich ist in den beiden Rechten die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmittel vorgezogen und somit das Heimatrecht auf die Verlobung anzuwenden. Eine ausdrückliche Kollisionsnorm enthält keines der beiden Rechte. Die Lehre⁷⁾ und Rechtsprechung⁸⁾ haben in Deutschland diese Lücke ausgefüllt. Entsprechendes gilt für die Türkei.⁹⁾

Auf die Verlobung ist im deutschen Recht Art. 13 EGBGB, im türkischen Art. 4 EHVK, analog anzuwenden. So kommt das türkische Recht zur Anwendung, wenn beide Verlobte oder auch nur einer von ihnen türkischer Staatsangehöriger ist, und zwar nicht nur für das Verlöbniß selbst, sondern auch für die

4) Vgl. Art. 5 tZGB.

5) Anders bei Berki, Ş. Tatbiki Devletler Hususi Hukuku, Ankara, 1950, S. 48.

6) Es ist umstritten, ob die Verlobung ein reiner Vertrag des Familienrechts ist; manche sehen sie auch als familienrechtlichen Vorvertrag an. Vgl. Nedkoff, a. a. O., S. 10; Egger, Komm. Art. 90, RdNr. 8; Gmür, Komm. Art. 90, RdNr. 3; Leuenberger, Das Verlöbniß im schweizerischen Recht mit Berücksichtigung des neuen ZGB, Diss. Bern 1908, S. 228 ff.; Ziehlmann, Der Verlöbnißbruch im modernen Recht, Diss. Zürich 1902, S. 143.

7) Vgl. Zitelmann, IPR, Bd. II, S. 797; Frankenstein IPR, Bd. III, S. 40; Gutzwiller, IPR, S. 21; Lewald, IPR, S. 77; Raape, IPR, S. 274; Lauterbach, Die Eingehung der Ehe, in: Das internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs, Tübingen 1955, S. 22 ff.; Luther, a. a. O., S. 475.

8) BGH v. 21.11.1958, BGHZ 28, 375, 376 ff. = JZ 1959, 486 m. Anm. Dölle = FamRZ 1959, 105.

9) Vgl. Yörük, Devletler Hususi Hukuku, Istanbul, 1950, S. 281; Seviğ, M. R., DHH, Istanbul, 1937, S. 362; Berki, O., DHH, S. 341: Für die Folgen des Verlöbnisses ist die "lex fori" maßgebend; anders Berki, Ş., a. a. O., S. 48.

Folgen des Rücktritts vom Verlöbnis.¹⁰⁾ Verweist das türkische Recht auf das deutsche, so werden die materiellen Voraussetzungen der Verlobung nach diesem geprüft (Art. 27 EGBGB). Auch in der türkischen Lehre ist es herrschende Meinung, daß das gemeinsame Heimatrecht anwendbar ist, wenn die beiden Verlobten dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen. Eine Rückverweisung des ausländischen Rechts auf das türkische Recht ist jedoch zu beachten.¹¹⁾ Wenn aber die Verlobten verschiedene Staatsangehörigkeit haben, gehen die Anknüpfungen der Lehre auseinander. Zum Teil läßt man die *lex fori*,¹²⁾ zum Teil sogar (für die Folgen des Verlöbnisbruches) die *lex loci delicti commissi*¹³⁾ zur Anwendung kommen, weil man im Verlöbnisbruch eine unerlaubte Handlung sieht. In diesen Fällen kann ein *renvoi* stattfinden, und dadurch kommt auch für den türkischen Verlobten das deutsche Recht zur Anwendung, wenn die "*lex fori*" oder "*lex loci delicti commissi*" das deutsche Recht ist.¹⁴⁾

10) Vgl. Frankenstein, IPR, III, S. 40; Nußbaum, IPR, S. 61 ff.; Lewald, IPR, S. 15; Raape, IPR, S. 67; Schnitzer, A.F., Handbuch des internationalen Privatrechts, I, 4. Aufl., Basel 1957, S. 217; Jayme, Spannungen bei der Anwendung italienischen Familienrechts durch deutsche Gerichte, Diss. München 1961, S. 19; Pagenstecher, NJW 52, 801 (nur wenn Rückverweisung, Sachnormenverweisung); RG v. 15.2.12, RGZ 78, 234; 126, 361 = JW 1932, 1808, 3817; JW 1933, 1587.

11) Vgl. Berki, O., a.a.O., S. 256.

12) Vgl. ders., a.a.O., S. 338/339.

13) Vgl. Berki, S., a.a.O., S. 48.

14) Es ist im türkischen Recht umstritten, ob überhaupt "die Verweisung" angenommen werden soll oder nicht. Dafür: Yörük, A.K., a.a.O., S. 113; Belgesay, Devetler Hususi Hukukunda Adliye, S. 47; Salem, Droit International privé de la Turquie - Répertoire, VII, S. 262; Berki, S. Türk Hukukunda Evlenmenin Asli Sartlarindan doğan Kanun İhtilâflari, 1953, S. 16; Berki, O., a.a.O., S. 263. Dagegen: Seviğ, M.R., DHH, Bd. I, S. 329; ders., Türk Kanunlarının Nüfuz Sahası, İst. Huk. Mec. 1962, Sy. 2, S. 199. Hier wird der Entscheidung des 2. Zivilsenats des türkischen Kassationshofes vom 1.1.1944, Nr. 460, gefolgt und angenommen, daß die Gesamtverweisung auch im türkischen Recht anzunehmen ist. Hierauf bezieht sich auch Art. 678 YTK (601 ETK): "Die Fähigkeit einer Person, sich wechselmäßig zu verpflichten, bestimmt sich nach den Gesetzen des Staates, dem sie angehört. Erklärt dieses Gesetz das Gesetz eines anderen Staates für maßgebend, so ist das letztere Gesetz anzuwenden." ...

C. Die durch die materiellen Voraussetzungen des Verlöbnisses auftretenden Spannungen

I. Allgemeines

Auch das tZGB verlangt für das Verlöbniß ebensowenig Formalien wie das BGB. Es genügt, daß das gegenseitige Eheversprechen tatsächlich abgegeben worden ist.

Die allgemeinen Bestimmungen über den Abschluß der Verträge sind auch auf das Verlöbniß anzuwenden.¹⁵⁾

1. Verlobungsfähigkeit

Aus Art. 82 tZGB ergibt sich, daß die Parteien bis zur Volljährigkeit der Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter bedürfen, um ein Verlöbniß mit allen rechtlichen Folgen schließen zu können. Die Frage nach dem Mindestalter für die Eingehung eines Verlöbnisses beantwortet der Gesetzgeber dahin, daß sich dieses mit der Altersgrenze deckt, die zum Abschluß eines Vertrages nötig ist, nämlich die der natürlichen Handlungsfähigkeit. Diese

... Nach Art. 690 YTK (607 ETK) und 730 YTK (696 ETK) erstreckt sich die gleiche Regelung auf Wechsel und Schecks. Ob dieser Artikel sich nur auf die Rückverweisung oder auch auf die Weiterverweisung bezieht, ob sich diese Bestimmung des Art. 678 YTK nur auf das Wertpapierrecht oder auch auf das ganze türkische IPR erstreckt, ist trotz dieser ausdrücklichen Annahme der Verweisung des Gesetzgebers in der Lehre umstritten. Siehe darüber Berki, O., a.a.O., S. 242 ff.

- 15) Im islamischen Recht, wie es in der Türkei bis 1926 galt, wird das Verlöbniß "hitbe" genannt. Bei der hanefitischen Rechtsschule gibt es keinen Zwang zur Heirat. Meinen es aber die Partner mit ihren Willenserklärungen nicht ernst, so ist der Rücktritt nach manchen Lehrern (Esbah) rechtlich verboten (= Haram), nach anderen (Dürer) moralisch verwerflich (nekrüh). Bei der malekitischen Rechtsschule galt folgendes: hat das Mädchen (mahtube) der Verlobung zugestimmt, so ist eine Heirat mit einem anderen Mann erst dann möglich, wenn sich der erste Verlobte von ihr löst. Vgl. Ali Haydar, Aile Hukuku Şerhi, S. 3; Arsebük, Medeni Hukuk, Bd. II, Ankara 1940, S. 521, Fn. 28-30, zu den verschiedenen Rechtsschulen im Islam vgl. etwa R. Charles, Le droit Muselman, 927, sowie die sonstigen Darstellungen des islamischen religiösen Rechts.

richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles.¹⁶⁾ Hieraus geht hervor, daß Minderjährige zum Verlöbniß vor der Ehefähigkeit ermächtigt werden können, sofern sie urteilsfähig sind.

Wenn ein Volljähriger sich mit einer Minderjährigen verlobt, die die erforderliche Genehmigung nicht hat, geht aus dem Wortlaut des Art. 82 tZGB hervor, daß es sich dann um ein *pactum claudicans* handelt,¹⁷⁾ d.h. um einen Vertrag, durch den nur der Volljährige gebunden ist und von dem er nur mit den gewöhnlichen Folgen zurücktreten kann, gleichviel, ob er die Unfähigkeit des anderen Teils gekannt hat oder nicht. Der volljährige Verlobte aber ist nicht mehr gebunden, wenn die Genehmigung der Minderjährigen in einer gewissen Frist nicht erteilt wird.¹⁸⁾ 19) Auch nach dem BGB ist der Volljährige durch den Vertrag gebunden, aber nur, wenn er von der Minderjährigkeit oder vom Mangel der Zustimmung Kenntnis gehabt hat. Soweit tritt bei diesen Verhältnissen im BGB und tZGB keine Spannung auf. Hat aber der Volljährige von der Unfähigkeit des anderen Teils nicht gewußt oder hat er diese Unfähigkeit gekannt, war aber durch eine fälschliche Mitteilung des Minderjährigen zur Annahme berechtigt, daß die Einwilligung gegeben sei, so kann er sich auf § 108 BGB berufen.²⁰⁾ Dieses Widerrufsrecht ermöglicht die endgültige Unwirksamkeit des Vertrages. Es sei angenommen, eine minderjährige Verlobte deutscher Staatsangehörigkeit klagt (zum Beispiel auf Schadensersatz) gegen einen volljährigen Türken, der von der Minderjährigkeit und dem Mangel der von ihr behaupteten Einwilligung keine Kenntnis

16) Vgl. Huber, In der Expertenkommission, I, S. 98. Urteilsfähig im Sinne des Art. 16 tZGB "ist ein jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters ... die Fähigkeit mangelt, vernunftsgemäß zu handeln"; Berner Komm., Art. 90 ZGB, RdNr. 10: "Ehemündigkeit ist nicht einmal notwendig, vielmehr genügt die bloße Urteilsfähigkeit, d.h. in concreto die Fähigkeit, sich über diesen wichtigen Schritt ein vernünftiges Urteil zu bilden. Diese Fähigkeit wird frühestens mit dem Eintritt der Geschlechtsreife, also jedenfalls vor Erreichung des Ehemündigkeitsalters, vorhanden sein."

17) So auch früher im gemeinen Recht; vgl. Lehmann, Allg. Teil des BGB, S. 177.

18) Die Frist wird nach Art. 269, 394 II, 395 tZGB bestimmt.

19) Vgl. Gignoux, J. L., Der Verlöbnißbruch im schweizerischen ZGB, Diss. Heidelberg 1911, S. 34.

20) Vgl. Gignoux, a.a.O., S. 35.

hatte, so tritt als Hauptfrage das Problem auf, nach welchem Recht der Anspruch wegen Verlöbnißbruchs beurteilt werden soll, was wiederum von der Entscheidung über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Verlöbnisses abhängt.

Nach der deutschen Lehre und der deutschen Rechtsprechung wird die Vorfrage selbständig angeknüpft und nach dem deutschen IPR beurteilt.²¹⁾ Der deutsche Richter wird hier im Wege der Analogie Art. 13 I EGBGB anwenden.^{21a)} Demnach richtet sich die Eingehung der Verlobung bei Verlobten verschiedener Staatsangehörigkeit nach dem Heimatrecht eines jeden von ihnen. Daher muß er beide Rechte berücksichtigen; nach dem deutschen Recht ist der volljährige Türke nicht gebunden, wohl aber nach dem türkischen. Für die Kumulation gilt hier der Grundsatz des schwächeren Rechts: in diesem Falle also das deutsche Recht.²²⁾ Der deutsche Richter wird also hier den Schadensersatzanspruch der minderjährigen deutschen Verlobten versagen, obwohl er den gleichen Anspruch einer türkischen Minderjährigen gegen einen volljährigen türkischen Verlobten nicht versagt hätte.

Der türkische Richter behandelt den Fall gemäß Art. 4 EHVK grundsätzlich nach den Regeln des IPR. Hier wird auch die Vorfrage nach dem türkischen IPR gelöst.²³⁾ Damit kommt wieder für jeden das Heimatrecht zur Anwendung. Die Frage, welches Recht bei Kumulierung anzuwenden ist, ist im türkischen Recht noch nicht ganz ausgetragen. Hinsichtlich der Ehe kommen trotzdem die Lehre und Rechtsprechung zum gleichen Ergebnis, so daß der türkische Richter das türkische Recht anwenden muß, wenn einer der Beteiligten türkische Staatsangehörigkeit besitzt.^{24) 25)} So ist für den türkischen

21) Vgl. Kegel, IPR, S. 115; Kegel bei Soergel, vor Art. 13, RdNr. 17; Raape, IPR, S. 116 ff. / 119.

21a) So auch die Entscheidung des BGH v. 21.11.1958, BGHZ 28, 375.

22) Es braucht auf den Meinungsstreit über die Behandlung der Kumulation im Verlöbnißrecht nicht eingegangen werden, weil nach allen Meinungen das deutsche Recht zur Anwendung kommt.

Vgl. Raape, IPR, S. 238; Dölle, Zur Behandlung der bigamischen Ehe im IPR, Festschrift für Boehmer 1954, S. 1347; Soergel-Kegel, vor Art. 13, RdNr. 17.

23) II. Senat des türkischen Kassationshofes, Urteil v. 21.9.1946 Nr. 3705.

24) Sevig, DHH, S. 343, stimmt einer Auslegung nach türkischem Recht besonders in Hinsicht auf die Ehe zu, wenn einer der beiden Verlobten türkischer Staatsangehöriger ist. Er erklärt es später in seiner Auslegung dadurch, daß er sagt, daß jeder Türke aus seinem Recht die gebotenen Vor...

Richter die Verlobung zustande gekommen und er verurteilt auf Schadenersatz auch den Volljährigen, wenn die übrigen Voraussetzungen der Art. 84, 85 tZGB bestehen. Ist die minderjährige Türkin und der Beklagte volljähriger Deutscher, der sich nach seinem Recht auf § 108 BGB berufen könnte, so hat der türkische Richter wieder das türkische Recht anzuwenden und bei Vorliegen der Voraussetzungen den Schadensersatzanspruch zu bejahen.

2. Verlobungshindernisse

Der Begriff des Verlobungshindernisses deckt sich im türkischen und im schweizerischen ZGB nicht. Trotzdem aber steht das Bestehen der Ehehindernisse, die die Ehe unheilbar nichtig machen, auch der Gültigkeit der Verlobung im Wege. Im deutsch-türkischen Verhältnis interessieren uns besonders die zwei Verlobungshindernisse, die auch analog dem Eherecht als zweiseitige Verlobungsverbote bezeichnet werden.²⁶⁾

a) Eheverbote der Verwandtschaft (§ 4 EheG; Art. 92 tZGB)

Auch im türkischen Recht wie im BGB bewirkt das Eheverbot der Verwandtschaft die Nichtigkeit der Verlobung. Der Umfang des Art. 92 I tZGB geht aber noch weiter und verbietet auch die Eheschließung zwischen Onkel und Nichte, Neffe und Tante, seien sie einander ehelich oder außerehelich verwandt.²⁷⁾

Art. 112 III tZGB sagt ausdrücklich, daß eine solche Ehe (beziehungsweise Verlobung) nichtig ist.²⁸⁾ Außerdem verstößt nach dem türkischen IPR eine solche Verlobung gegen den *ordre public*. Deswegen ist eine Verlobung zwischen deutschem Onkel und Nichte oder Neffe und Tante vom türkischen Richter als nichtig anzusehen. Haben sie sich aber im Ausland (außerhalb der Türkei) verlobt, so ist die Verlobung auch in der Türkei gültig, weil es sich hier

... teile und Freiheiten genießen soll (a.a.O., S. 368); Berki, DHH, S. 337, hält die *lex fori* für maßgebend, wenn die Verlobten verschiedene Staatsangehörigkeit besitzen.

25) Vgl. II. Senat des türkischen Kassationshofes, Urteil v. 14.1.1943 Nr. 4289 und v. 18.6.1946 Nr. 2897; dagegen das Urteil v. 28.1.1950 Nr. 5045.

26) Vgl. Lewald, IPR, S. 80; Wolff, Familienrecht, § 39 A I 1; Staudinger-Raape, Art. 13 Anm. J.

27) Vgl. Egger, Art. 100, RdNr. 3.

28) Vgl. ders., Art. 120, RdNr. 8.

um ein "wohlerworbenes Recht"²⁹⁾ handelt.

b) Ehebruch (§ 6 I, II EheG)

Hier liegt ebenfalls ein zweiseitiges trennendes Verlobungshindernis³⁰⁾ vor, welches aber das tZGB nicht kennt. Sind türkische Eheleute in der Türkei geschieden worden, und zwar wegen eines von dem Manne mit einer Deutschen begangenen Ehebruchs, und will nun der Mann mit der Mitschuldigen in der Türkei eine Verlobung eingehen, so steht ihm von seiten seines Heimatrechts nichts im Wege. Für die Verlobungserfordernisse bezüglich des deutschen Teils ist aber das deutsche Recht maßgebend: "Eine Ehe darf nicht geschlossen werden zwischen einem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten und demjenigen, mit dem er den Ehebruch begangen hat, wenn dieser Ehebruch in dem Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt ist."

Trotz dieses zweiseitigen Verbots des deutschen Rechts ist die Verlobung vom Standpunkt des türkischen IPR³¹⁾ in der Türkei gültig, wenn sie in der Türkei geschlossen worden ist.

Dagegen ist die Verlobung solcher Partner türkischer Staatsangehörigkeit auch in Deutschland gültig, weil sie nicht gegen den deutschen ordre public verstößt, da beim Verlobungsverbot des Ehebruchs Befreiung vom Hindernis zugelassen wird.³²⁾

3. Folgen des Verlöbnißbruchs

a) Schadensersatzanspruch (§ 1298 BGB; Art. 84 tZGB)³³⁾

In den Fällen, in denen ein Verlobter "in Erwartung der Ehe sonstige, seine Erwerbsstellung berührende Maßnahmen getroffen hat", zum Beispiel, wenn

29) Vgl. Berki, DHH, S. 293 ff.; Sevig, M.R., DHH, S. 312; Pillet, La théorie générale des droits acquis (Recucit, 1925, III, S. 485; Principes, S. 495.

30) Vgl. Wolff, Familienrecht, § 39 A I 1 a; Wolff, IPR, S. 189; Habicht, IPR, S. 103; Lehmann, Familienrecht, 1960, S. 48; Frankenstein, IPR, Bd. III, S. 93; "relativ zweiseitige Ehehindernisse".

31) Vgl. Sevig, M.R., DHH, S. 363.

32) Vgl. Wolff, IPR, S. 66.

33) Die Expertenkommission hatte den Vorschlag angenommen, für Art. 92 ZGB (= 84 tZGB) dieselbe Regelung wie § 1298 BGB anzunehmen (Huber,

ein Teil wegen der Aussicht auf Ehe eine einträgliche Stellung verlassen oder abgelehnt hat, unterscheidet sich § 1298 BGB von Art. 84 tZGB: Während § 1298 dem verletzten Verlobten auch den entgangenen Gewinn zuspricht, stellt Art. 84 den Verlobten nicht günstiger als die Eltern und andere Dritte, was den Umfang des Schadensersatzes betrifft.³⁴⁾

- b) Genugtuungsanspruch des Art. 85 tZGB und Deflorationsanspruch des § 1300 BGB

Der Anspruch der deutschen Braut gegen den türkischen Verlobten bestimmt sich nach dem Heimatrecht des in Anspruch genommenen Teils,³⁵⁾ also nach dem türkischen Recht. Für die Klage einer Türkin gegen ihren deutschen Verlobten in der Türkei ist ebenfalls das türkische Recht maßgebend.³⁶⁾ Ist ein Türke in Deutschland mit einer Deutschen eine Verlobung eingegangen und tritt er vom Verlöbnis grundlos zurück, nachdem er sie verführt hat, so kommt für ihn sein Heimatrecht zur Anwendung.³⁷⁾ Er haftet zunächst nach den Grundsätzen des Art. 82 ff. tZGB, das heißt, er schuldet Schadenersatz nach Art. 84 tZGB, wobei er aber der Braut den Schaden nicht zu ersetzen hat, den sie dadurch erleidet, daß sie "in Erwartung der Ehe sonstige, ihr Vermögen oder ihre Erwerbsstellung berührende Maßnahme getroffen hat" (§ 1298 I BGB).

... Expertenkommission, Bd. I, S. 110; vgl. aber Leuenberger, a.a.O., S. 254: "Der Vorschlag bezieht sich auf den Inhalt"; Gignoux, a.a.O., S. 57: "Er bezieht sich nur auf die Bezeichnung der Subjekte").

- 34) Ein solcher Umfang des Schadenersatzanspruches wie in § 1298 BGB wurde vom türkischen Gesetzgeber neben den anderen Wirkungen des Verlöbnisbruchs als ein zu großer Eingriff in die Ehefreiheit betrachtet. Deshalb wurde der Ersatz auf das negative Vertragsinteresse begrenzt. Vgl. Huber, Expertenkommission, Bd. I, S. 102: "Die Geltendmachung indirekten Vermögensschadens ist ausgeschlossen; eine allzu große Erschwerung des Rücktritts liegt nicht im Interesse einer guten Ehe."
- 35) Vgl. BGHZ 28, 375 ff./376 = FamRZ 1959, S. 105; siehe aber die Zusammenstellung auch der abweichenden Ansichten bei Luther, FamRZ 1959, 475-478.
- 36) Vgl. Seviğ, M.R., DHH, S. 344, 368, 371; türkisches Recht als lex fori; Berki, O., a.a.O., S. 337.
- 37) Siehe oben Fußn. 35.

Dagegen geht Art. 85 tZGB³⁸⁾ noch weiter als die entsprechende Bestimmung des § 1300 BGB, welcher eine Entschädigung nur für den Fall der erfolgten Beiwohnung gewährt und zudem die Unbescholtenheit der Braut unbedingt voraussetzt. Der Ersatz des immateriellen Schadens nach Art. 85 tZGB ist umfassender als § 1300 BGB, weil er auch den Bräutigam berücksichtigt und keine Bewohnung verlangt.³⁹⁾ Er setzt aber voraus, daß eine schwere,⁴⁰⁾ schuldhaft-

38) Im tZGB werden alle Genugtuungsansprüche als Ausfluß des Persönlichkeitsrechts betrachtet. Die speziellen Normen (wie Art. 25, 85, 126, 143, 145, 305 tZGB; Art. 47 tOR), die die Genugtuungsansprüche aufstellen, sind als besondere Persönlichkeitsschutznormen neben den "allgemeinen" der Art. 24 tZGB und 49 tOR aufzufassen. Der Anspruch auf Entschädigung für die Verletzung der Persönlichkeitsgüter (innere und äußere Persönlichkeitsgüter; vgl. Egger, Art. 28, RdNr. 23 f.) ist von Art. 24 II tZGB auf die "vom Gesetz vorgesehenen Fälle" eingeschränkt worden. Bei den vom Gesetz vorgesehenen Fällen ist an die besonderen Persönlichkeitsnormen zu denken, vor allem aber an die in Art. 49 I tOR vorgesehene generelle Ersatzpflicht "für immateriellen Schaden" unter erschwerenden Voraussetzungen (besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens).

Vgl. Egger, Art. 28, RdNr. 53 ff.; Oser-Schönberger, Art. 49 OR, RdNr. 10.

39) Das tZGB behandelt die Frage der Genugtuung bei der Beiwohnung auch in Art. 305 tZGB im Zusammenhang mit dem außerehelichen Kindesverhältnis (wobei es der Mutter des außerehelichen Kindes eine Geldsumme als Genugtuung zubilligt).

40) Diese Gesetzesstelle ist im Türkischen falsch übersetzt. Rechtsprechung und Lehre verstehen sie aber in demselben Sinne wie die schweizerische Modellnorm. Vgl. Arsebük, E., Medeni Hukuk, Bd. II, Ankara 1940, S. 538. "Eine besondere Schwere der Verletzung wie in Art. 49 tOR setzt man hier nicht voraus" SchwJZ 15, 32. "Von besonderer Bedeutung ist die Verletzung der Geschlechtsehre..." SchwJZ 15, 32, BGE 32, 719. "In erhöhtem Maße bei Schwängerung". Vgl. auch BIZR 23, Nr. 78; "Die Verletzung muß sich nicht nur objektiv als eine schwere erweisen, sie muß auch subjektiv als solche empfunden worden sein", z.B.: Schwere Enttäuschung des verlassenen Mädchens, BIZR 16, Nr. 127; Egger, Art. 93, RdNr. 4.

te⁴¹⁾ Verletzung in den persönlichen Verhältnissen vorliegt und den Verletzten kein Verschulden⁴²⁾ trifft.

Inhalt und Umfang des Schadensersatzes

Dem Verletzten ist ein Geldbetrag⁴³⁾ als Genugtuung zuzusprechen, erforderlichenfalls aber auch eine andere Art der Genugtuung (zum Beispiel Veröffentlichung des Urteils nach Art. 49 tOR).⁴⁴⁾

Wird aber ein minderjähriges Mädchen von ihrem Verlobten defloriert, so hat sie eine Klagemöglichkeit aus Art. 423 tStGB. Sie kann im Wege der Privatklage Bestrafung des Verlobten nach Art. 423 tStGB verlangen. Der Verlobte hat nun die Möglichkeit, zwischen einer Gefängnisstrafe von 1/2 - 2 Jahren und der Heirat zu wählen, falls das Mädchen diese überhaupt wünscht, da im Falle der Eheschließung die Privatklage automatisch hinfällig wird. Im Falle einer Scheidung innerhalb von fünf Jahren nach der Eheschließung lebt die Möglichkeit der Privatklage wieder auf. Auf diese Weise wird im Gegensatz zu Art. 83 tZGB, der eine Klage auf Eingehung der Ehe verneint, dennoch eine gewisse Zwangsmöglichkeit zur Eheschließung auf dem Klagewege (wenn auch strafrechtlich) eingeräumt.

c) Rückgabe der Geschenke (Art. 86 tZGB)

Im Gegensatz zu dem Rechtsgedanken der §§ 1301, 815 BGB, der eine Rück-

41) Eine besondere Schwere des Verschuldens wie Art. 49 tOR wird nicht verlangt. Fahrlässigkeit genügt. BGE 32, 728. "Die Schwere des Verschuldens wird dagegen beachtlich für die Bestimmung des Umfanges der Genugtuungsleistung. Schweres Verschulden liegt besonders in der Beanspruchung des geschlechtlichen Umganges, obschon die Eheschließung noch unsicher oder wieder unsicher geworden ist", SchwJZ 15, 33; 27, 375.

42) "Darin liegt eine wenig begründete Abweichung von Art. 98 tOR und 44 tOR, die im Mitverschulden nur einen Herabsetzungs-, nicht einen Ausschußgrund erblicken. Die Berufung auf leichtes Selbstverschulden muß dann auch demjenigen versagt werden, den selbst ein schweres Verschulden trifft. (Vgl. Oser-Schönberger, Art. 44 OR, RdNr. 16) Vor allem darf der Schädiger nicht schon die Tatsache der geschlechtlichen Hingabe als Selbstverschulden des Verletzten geltend machen, ZBernJV 42, 682, vgl. Egger, Art. 93, RdNr. 5.

43) Vgl. Gignoux, a.a.O., S. 59 ff.

44) Vgl. Egger, Art. 93, RdNr. 6.

erstattung für die Partei, die wider Treu und Glauben die Eheschließung verhindert, ausschließt, haben nach türkischem Recht beide Verlobte Anspruch auf Rückerstattung der Geschenke gemäß Art. 86 tZGB und Art. 61 tOR.⁴⁵⁾

Art. 86 tZGB unterscheidet aber noch in natura vorhandene Geschenke und andere, die nicht mehr in natura vorhanden sind. Art. 86 tZGB umfaßt nur die noch vorhandenen Geschenke. Die anderen können lediglich wie im BGB auf dem Wege über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt werden.⁴⁶⁾

Wird das Verlöbniß durch den Tod eines Verlobten gelöst, ist jede Rückforderung ausgeschlossen, es sei denn, daß der überlebende Verlobte durch sein Verschulden den Tod verursacht hat (Art. 86 II, Art. 457 I tZGB; Art. 244 I tOR).⁴⁷⁾

Zweiter Teil: DIE EHESCHLIESSUNG

I. Maßgebendes Recht

Besitzen beide Verlobte oder einer von ihnen die türkische Staatsangehörigkeit, so kommt für den türkischen Staatsangehörigen das türkische Recht zur Anwendung (Art. 13 I EGBGB). Entsprechendes gilt für deutsche Staatsangehörige in der Türkei (Art. 4 EHVK). Das Heimatrecht jedes Verlobten bestimmt auch, ob die Befreiung von einer Ehevoraussetzung oder einem Eheverbot möglich ist. Hierfür ist die durch das Heimatrecht des Betreffenden bestimmte Behörde zuständig. Bei einem zweiseitigen Eheverbot haben beide Verlobte die Befreiung ihrer Heimatbehörden nachzuweisen, es sei denn, daß bei einem das Eheverbot nicht bekannt ist. Die Befreiung eines türkischen Staatsangehörigen von einem Ehehindernis des türkischen Rechts durch ein deutsches Gericht würde zwar unter den wesenseigenen Zuständigkeitsbereich des deutschen Gerichts fallen (§§ 44a, 44b FGG), international zuständig ist jedoch das deutsche Gericht erst dann, wenn das deutsche Recht für die Ehevoraussetzungen anzuwenden ist, also bei Rückverweisung des tür-

45) Vgl. Gignoux, a.a.O., S. 65; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, S. 66; Egger, Art. 94, RdNr. 1-2.

46) Vgl. Arsebük, a.a.O., S. 542.

47) Vgl. Gignoux, a.a.O., S. 67; Arsebük, a.a.O., S. 543; dagegen: Gönensay, A.S., Medeni Hukuk, S. 16.

kischen Rechts (Art. 27 EGBGB).¹⁾ Dies ist aber im deutsch-türkischen Verhältnis nicht der Fall. Dasselbe gilt auch hinsichtlich der Befreiung durch den deutschen Standesbeamten. Auch er ist erst dann zuständig, wenn das Heimatrecht des Ausländers hinsichtlich der Ehevoraussetzungen die deutschen Ehegesetze für anwendbar erklärt.^{1a)}

II. Gegenüberstellung

1. Ehefähigkeit

a) Mindestalter

Das tZGB setzt für den Mann 17 und für die Frau 15 Jahre als unterste Grenze der Ehemündigkeit voraus (Art. 88 tZGB). Alle minderjährigen Verlobten bedürfen trotz ihrer Ehemündigkeit zur Heirat der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter.²⁾ In Ausnahmefällen können diese Altersgrenzen für den Mann auf 15 und für die Frau auf 14 Jahre herabgesetzt werden, und zwar durch einen Richter, wobei die gesetzlichen Vertreter zu hören sind, zur Entscheidung aber nur das Wohl des Kindes ausschlaggebend ist.^{2a)} Auch hier nach dem Grundsatz des Heimatrechts, Art. 13 I EGBGB, ist das deutsche Gericht grundsätzlich nur für deutsche Staatsangehörige international zuständig. Für Ausländer ist die Zuständigkeit nur gegeben, wenn das deutsche Recht für die Ehevoraussetzungen anzuwenden ist, also nur im Fall der Zurückverweisung. Ein deutsches Gericht kann daher einen Türken nicht für ehemündig erklären, da das türkische Recht nicht auf das deutsche Recht zurückverweist.^{2b)}

Befreiung von der Alterserfordernis des Mannes (21 Jahre) und der Frau (16 Jahre) kann auch im deutschen Recht erteilt werden. Beim Mann muß aber min-

1) Vgl. Keidel, FGG, § 44a RdNr. 8 und § 44b RdNr. 11; Ferid, in Anm. zu LG Präs. Regensburg, SJZ 1949, 783 ff.

1a) Vgl. Pfeiffer-Strickert, PStG, § 7a RdNr. 12; § 382 DA. Für die Zuständigkeit der türkischen Gerichte im umgekehrten Fall siehe S. 125 ff.

2) Die Volljährigkeit tritt nach Art. 11 tZGB mit dem vollendeten 18. Lebensjahr ein.

2a) Vgl. Saymen, Medeni Hukuk, Aile Hukuku, Bd. III, 2. Aufl., Istanbul 1960, S. 79, Fußn. 35 und die dort angegebene Literatur.

2b) Vgl. Palandt, § 1 EheG, Anm. 5b; Hefermehl bei Ermann, Komm. BGB 3. Aufl., Anm. 6 vor § 1 EheG; Kegel bei Soergel, Art. 13 EGBGB, RdNr. 76.

destens eine Volljährigkeitserklärung vorliegen, so daß man auf ein Mindestalter von 18 Jahren für den Mann kommt (§ 1 EheG). Dies ist erforderlich, da mit jedenfalls ein Ehegatte voll geschäftsfähig ist. Dieses Problem entfällt im türkischen Recht, da hier die Ehegatten durch die Heirat ipso iure mündig werden (Art. 11 II tZGB).

Bei der Anwendung dieser Bestimmung in Deutschland^{2c)} nach Art. 7 I EGBGB ist fraglich, ob es gegen den deutschen ordre public verstößt, daß dann eine vierzehnjährige Türkin durch die Heirat auch in Deutschland voll geschäftsfähig wird, während dies im deutschen Recht erst mit 21 Jahren der Fall ist.

Hierbei ist darauf hinzuweisen, daß bei den fortlaufend ansteigenden Mischehen im Inland die Erreichung der vollen Geschäftsfähigkeit mit der Eheschließung bereits im Alter von 14 Jahren zu großen Schwierigkeiten führt. Der türkische Gesetzgeber hat hier nur die Gepflogenheiten seines Landes zugrundegelegt, wonach ein junges Ehepaar in einer Großfamilie (besonders in ländlichen Gegenden) lebt, in der sämtliche Geschäfte mit Dritten durch das Familienoberhaupt oder durch ein volljähriges Mitglied der Großfamilie getätigt werden, und somit die volle Geschäftsfähigkeit der vierzehnjährigen Ehefrau keine praktischen Auswirkungen hat. Stellt man sich nun diese vierzehnjährige Ehefrau in Deutschland als mündig vor, wo sie für ihre Rechte und Pflichten allein tätig werden kann, so ist es wohl einleuchtend, daß die Erreichung der vollen Geschäftsfähigkeit in Deutschland kaum durchführbar ist.

b) Geschäftsfähigkeit; Urteilsfähigkeit

In beiden Rechtsordnungen können Geistesranke keine Ehe eingehen (§ 2 EheG i. V. m. § 104 Nr. 2 und 3 BGB). Art 89 Abs. II tZGB erklärt ausdrücklich, daß ein Geisteskranker niemals heiratsfähig ist. Er ist auch dann heiratsunfähig, wenn er Urteilsfähigkeit besitzt.³⁾ Auch im deutschen Recht ist einem Geisteskranken, der entmündigt ist, in einem lucidum intervallum eine Eheschließung nicht möglich, doch ist dies eine Folge der damit verbundenen absoluten Geschäftsunfähigkeit, die nicht als ein Ehehindernis in se zu werten ist. Das gleiche gilt von dem Erfordernis der Zustimmung des Vormundes zur Eheschließung eines Geistesschwachen.

2c) Vgl. Raape, IPR, S. 169; ders., bei Staudinger, Art. 7 EG, Anm. A V 3 c; Wolff, IPR, S. 101; gegen die Anwendung in Deutschland allerdings: OLG Dresden v. 28. 6. 1926, IPRspr. 1926/27 Nr. 78 (Maßgeblichkeit von Art. 14 EG); auch Kegel bei Soergel, Art. 7 RdNr. 12.

3) Vgl. Saymen, a. a. O., S. 39 (etwa bei Melancholie).

Minderjährige bedürfen nach beiden Rechten der Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter (§§ 1, 3, 30 EheG und Art. 16 I, 90 I tZGB, Art. 8 I der türkischen Heiratsordnung). Wird aber ein türkischer Staatsangehöriger durch das Vormundschaftsgericht für ehemündig erklärt (Art. 12, 88 tZGB), so braucht er für die Eingehung der Ehe keine Einwilligung der gesetzlichen Vertreter. Aus sonstigen Gründen in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte (etwa § 114 BGB und Art. 16 tZGB) bedürfen ebenfalls der Einwilligung der gesetzlichen Vertreter (§ 3 EheG und Art. 91 tZGB).

2. Eheverbote

Bis auf die folgenden Ausnahmen haben beide Rechte gleiche Eheverbote:

a) Dem Eheverbot der Verwandtschaft (Art. 92, 112 tZGB und Art. 237 tStGB) räumt das türkische Recht einen breiteren Raum ein und verbietet auch zwischen Onkel und Nichte, Tante und Neffe die Eheschließung. Sie ist auch dann nicht gestattet, wenn die Verwandtschaft halbblütig ist. Demnach verstößt es gegen den türkischen *ordre public*, wenn in der Türkei ein Deutscher seine Nichte heiraten würde; ist die Ehe aber schon geschlossen, so ist sie gültig. Ist dagegen einer der Ehegatten türkischer Staatsangehöriger, so ist die Ehe absolut nichtig, sogar dann, wenn sie in Deutschland geschlossen worden ist.⁴⁾

Die Eheschließung zwischen Verschwägerten in der Seitenlinie, insbesondere zwischen Schwager und Schwägerin, ist im deutschen Recht nicht verboten (§ 4 I EheG). Maßgeblich ist hier nicht die rechtliche, sondern die tatsächliche, blutmäßige, die Schwägerschaft vermittelnde Verwandtschaft. Weitere Voraussetzung ist, daß eine gültige Ehe bestanden hat. Das Ehehindernis der Schwägerschaft besteht daher nicht, wenn die die Schwägerschaft vermittelnde Ehe vernichtet worden ist.⁵⁾

Obwohl das türkische Recht in dem Eheverbot der Blutsverwandtschaft auch die uneheliche Verwandtschaft mit umfaßt, ist ihm das Ehehindernis der Geschlechtsgemeinschaft des deutschen Rechts (§ 4 II EheG) unbekannt. Seit dem 1.1.1962 ist im deutschen Recht eine Befreiungsmöglichkeit von diesem Ehehindernis durch das Vormundschaftsgericht eingeführt (§ 4 III EheG, § 44a FGG),⁶⁾ so daß die gegen dieses Eheverbot des deutschen Rechts in Deutsch-

4) Vgl. Berki, O., DHH, 3. Aufl., S. 348; Saymen, a.a.O., S. 209.

5) Vgl. Palandt-Lauterbach, § 4 EheG, Anm. 3.

6) Vgl. Maßfeller, Das neue Familienrecht, S. 50; Völker, Das künftige Eheschließungsrecht, StAZ 1953, S. 3 ff.

land geschlossene Ehe türkischer Staatsangehöriger nicht mehr als gegen den deutschen ordre public verstoßend anzusehen ist.

b) Bei dem Eheverbot der Adoptivverwandschaft sieht das türkische Recht zusätzlich ein Verbot zwischen Adoptivkind und dem Ehegatten des Adoptierenden oder umgekehrt zwischen Adoptierenden und dem Ehegatten des Adoptivkindes vor (Art. 93 Nr. 3 tZGB, Art. 253 ff. tZGB).⁷⁾ Dieses Eheverbot ist aber in den beiden Rechten ein aufschiebendes.

c) Das Eheverbot des Ehebruchs ist dem türkischen Recht unbekannt (im deutschen Recht §§ 6, 22 EheG). Ist aber einer oder beide Ehegatten schuldig - auch wegen eines anderen Grundes als Ehebruch -, so kann vom Richter aus eine Strafwarefrist von ein bis zwei Jahren festgesetzt werden (Art. 142 tZGB). Eine Kürzung dieser Wartefrist ist möglich.⁸⁾ Das Eheverbot trifft im türkischen Recht nicht nur den Ehebruchspartner wie im deutschen Recht (§ 6 I EheG). Es ist für eine Zeit vorgesehen, in der der Betreffende überhaupt keine Ehe eingehen darf. Das Eheverbot des Ehebruchs ist im deutschen Recht ein trennendes (§ 22 EheG). Die Befreiung durch das Vormundschaftsgericht ist jedoch möglich (§ 6 II EheG); auch Heilung durch nachträgliche Befreiung ist möglich (§ 22 II EheG). Nachdem vom Eheverbot des Ehebruchs des deutschen Rechts Befreiung gewährt werden kann, ist ein Eingriff des deutschen ordre public nicht möglich;⁹⁾ dies ist ebenso der Fall bei der Strafwarefrist des türkischen Rechts.

d) Das Eheverbot aufgrund von Krankheiten

Das türkische Recht bestimmt die Geisteskrankheit in Art. 89 III tZGB zum Eheverbot, wobei die Urteilsfähigkeit des Geisteskranken keine Rolle spielt, so daß die Ehe eines Geisteskranken für absolut nichtig zu erklären ist (Art. 112 II tZGB). Ist aber während der Ehe die Geisteskrankheit geheilt, so leidet die Ehe nicht mehr an absoluter Nichtigkeit, sondern ist nur anfechtbar. Im deutschen Recht entsprechen diesen Vorschriften die Bestimmungen der

7) Vgl. Peters, StAZ 1960, S. 249 ff.

8) Das entsprechende Schrifttum verwirft mit Recht dieses Ehehindernis, insbesondere, wenn dieses wegen Ehebruchs ausgesprochen worden ist, da es in diesem Fall nur zu unehelichen Verhältnissen führt, welche keinesfalls zu befürworten sind.

Vgl. Völker, StAZ 1953, 3.

9) Vgl. Maßfeller, in: Intern. FamR. Dtl.u.Fr., S. 26, Fußn. 20; RG v. 20.1.1928 RGZ 120, 35; KG v. 21.12.1936 JW 66 (1937), 1974 m. Anm. Süß.

§§ 104, Nr. 2 und 105 II BGB. Voraussetzung dieser beiden Vorschriften ist zunächst die medizinische Feststellung einer geistigen Anomalie. Weiter ist beiden Vorschriften gemeinsam, daß die Störung der Geistestätigkeit die freie Willensbestimmung ausschließen muß.¹⁰⁾

Das allgemeine türkische Gesundheitsgesetz aus dem Jahr 1930 (Nr. 1593) und die Verordnung über die Untersuchungen vor der Eheschließung aus dem Jahr 1931 schließen außer Geisteskrankheit noch die Geschlechtskrankheiten und sogar manche ansteckende, vererbliche Krankheiten als Eheverbot ein.¹¹⁾ Ist aber die Ehe trotz dieser Eheverbote geschlossen, bleibt sie wirksam. Sie kann wegen Irrtums über die persönlichen Eigenschaften des anderen Teils angefochten werden, soweit die Voraussetzungen dafür vorliegen. Auch die impotentia generandi kann höchstens den Grund für einen Irrtum bilden.¹²⁾

Im deutschen Recht verpflichtet § 6 des Bundesgesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten einen geschlechtskranken Verlobten nur, seinem Partner Mitteilung von der Krankheit zu machen und stellt eine Unterlassung unter Strafe. Doch verbietet auch diese Vorschrift nicht die Eheschließung einer Person, die an solchen Krankheiten leidet.¹³⁾

e) Das Eheverbot der Doppelehe

Es gilt in den beiden Rechten als zweiseitiges Eheverbot. Schwierig zu beantworten ist dabei manchmal die Frage, ob einer der Verlobten in einer gültigen Ehe lebt, was nach seinem Heimatrecht einschließlich dessen international-privatrechtlichen Regeln im Zeitpunkt der beabsichtigten neuen Eheschließung zu prüfen ist, oder ob die Ehe eines Verlobten noch besteht, was auch nach seinem Heimatrecht zu beurteilen ist. Schwierigkeiten ergeben sich insbesondere, weil das türkische Recht die Scheidungsurteile ausländischer Gerichte über ihre Staatsangehörigen nicht anerkennt. Als Folge dieser Nichtanerkennung gilt der türkische Staatsangehörige, dessen Ehe in Deutschland von einem deutschen Gericht geschieden ist, für die Türkei weiterhin als verheiratet, während er in Deutschland nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils

10) Vgl. RGZ 74, 110; 162, 228; Hoffmann-Stephan, § 2 EheG, Anm. 3a; Gerold, § 18 EheG, Anm. 4; v. Godin, § 2 EheG, Anm. 2; Soergel, § 104 BGB, Anm. 2b.

11) Art. 122, 123, 124 Allg. GesundhG. Nach diesem Gesetz ist jeder türkische Staatsbürger verpflichtet, sich vor der Eheschließung ärztlich untersuchen zu lassen.

12) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 99, Fußn. 73.

13) Vgl. auch das Württ.-Badische Landesgesetz Nr. 347 v. 14.3.1949 Regierungsblatt f. Württ.-Baden 1949, S. 45/50.

nicht mehr als verheiratet, sondern als geschieden angesehen wird. In allen Zeugnissen, die von den türkischen Behörden auszustellen sind, wird er als verheiratet bezeichnet und seitens seines Heimatrechts steht das Ehehindernis der Doppelhehe seiner neuen Eheschließung sowohl in Deutschland als auch in irgendeinem anderen Lande im Wege, so daß er entweder die schon in Deutschland geschiedene Ehe in der Türkei von dem zuständigen türkischen Gericht nochmals scheiden lassen muß, oder er von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses befreit werden muß.

Welcher Weg gewählt werden soll, ist bestritten. Die eine Auffassung^{13a)} läßt die Eheschließung mit folgenden Argumenten zu:

Das Scheidungsurteil schafft eine unantastbare Rechtslage, und die Rechtskraft des Scheidungsurteils ist unteilbar, das heißt, das Urteil kann nicht einerseits hinsichtlich der Unterhaltspflicht und der nachehelichen Verpflichtungen der geschiedenen Eheleute volle Wirkung entfalten, einer solchen aber hinsichtlich der Möglichkeit einer neuen Heirat entbehren. Die Kraft des Art. 13 I EGBGB endet daher an der Rechtskraft des Urteils, das heißt, das konkrete Urteil geht der abstrakten (in der Nichtanwendung des Art. 13 I EGBGB bestehen) Gesetzeswidrigkeit vor. Wenn man nach erfolgter rechtskräftiger Scheidung in Deutschland die Vorschriften eines ausländischen Rechtes über seine ausschließliche Zuständigkeit oder etwas ähnliches für die Ehescheidung seiner Staatsangehörigen anwendete, verstieße eine solche Anwendung gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes, nämlich gegen § 322 ZPO. Denn in diesem Fall würde das deutsche Scheidungsurteil nicht alle ihm nach deutschem Recht zukommenden Wirkungen entfalten, auch nicht im Inland. Somit kommt diese Ansicht zu dem Ergebnis, daß man einem solchen Ausländer im Inland die Eingehung einer neuen Ehe gestatten soll. Und zwar dadurch, daß man ihm die Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses (§ 10 EheG) erteilt, das von dem Heimatstaat auszustellen ist, der es verweigern wird, weil er seinen Staatsangehörigen noch als in gültiger Ehe lebend ansieht.

^{13 a)} Vgl. Nußbaum, IPR, S. 163 Fußn. 2; Maßfeller, JW 38, 1259; ders. in: Intern. FamR. Dtl.u.Fr., S. 225; Reichel, Acp 124, S. 200 ff.; Guggemos, Die Befreiung von der Beibringung des ausländischen Ehefähigkeitszeugnisses, StAZ 1954, 2 ff. /4; Soergel-Kegel, vor Art. 7, RdNr. 46-48 und Art. 13, RdNr. 17-18; Erman-Marquardt, Art. 13, Anm. 5 C u. 6b; OLG Braunschweig, FamRZ 1963, 569.

Der deutsche Rat für IPR hat für die Reform des IPR hinsichtlich dieser Frage Folgendes vorgeschlagen:¹⁴⁾

"Hat ein deutsches Gericht durch rechtskräftiges Urteil eine Ehe für nichtig erklärt, aufgehoben oder geschieden oder festgestellt, daß eine Ehe nicht besteht, so steht diese Ehe einer erneuten Eheschließung auch dann nicht entgegen, wenn das Urteil in einem ausländischen Staat nicht anerkannt wird. Entsprechendes gilt, wenn ein deutsches Gericht rechtskräftig einen Ehegatten für tot erklärt oder den Zeitpunkt seines Todes festgestellt hat."

Die andere Auffassung¹⁵⁾ nimmt an, daß auch in diesem Fall die Ehefähigkeit des Ausländers nach Art. 13 EGBGB zu beurteilen sei. Nach dieser Auffassung reicht die Gestaltungskraft deutscher Urteile nicht weiter als der Geltungsbereich der deutschen Rechtsordnung.¹⁶⁾ Die Entscheidungsgewalt des deutschen Richters werde also von Art. 13 I EGBGB beschränkt. Danach liegt ein Verstoß gegen die Vorbehaltsklausel nicht in der Rechtskraftwirkung, sondern bei der Ausschaltung der nach Art. 13 EGBGB maßgeblichen Rechtsordnung; denn das Erfordernis des Zeugnisses etc. bedeutet nur die Anwendung des deutschen Kollisionsrechts.

Somit ist nach dieser Meinung Art. 13 I EGBGB anzuwenden, und demnach kann der Ausländer eine neue Ehe nicht eingehen, ohne ein Ehefähigkeitszeugnis beizubringen. Ist aber die Ehe dennoch geschlossen, soll die "verbotswidrig" geschlossene Ehe gültig sein, obwohl die Frage nach der Gültigkeit und Nichtigkeit dieser Ehe ebenfalls nach dem Heimatrecht des Ausländers beurteilt werden müßte. Also muß diese Auffassung schließlich doch vom Gesetz abweichen. Andernfalls müßte der deutsche Richter das ausländische Recht auch für die Nichtigkeit der Ehe anwenden und die Ehe für nichtig erklären.¹⁷⁾

14) Vgl. Kegel, Reform des internationalen Eherechts, ZAIP 25 (1960), S. 201 ff./204; Lauterbach, Deutscher Rat für internationales Privatrecht, ZAIP 25 (1960), S. 339 ff.

15) Vgl. Zittelman, IPR, Bd. II, S. 760; Habicht, IPR, S. 143; Lewald, IPR, S. 119; Wölff, IPR, S. 212; Süß, Festgabe für Rosenberg, 1949, S. 249; Neumayer, Eheschließung und Wiedererlangung der Ehefähigkeit, ZAIP 20 (1955), 66; Ferid, FamRZ 1961, 401; Palandt-Lauterbach, Art. 13, Anm. 5a; Gamillscheg, JZ 1963, 22; BGH NJW 1964, 976.

16) Vgl. Neumayer, ZAIP 20, 73.

17) Vgl. Maßfeller, in: Intern. FamR. Dtl.u.Fr., S. 225.

Wie dargelegt, stützt sich die Meinung, die eine Eheschließung zuläßt, auf § 322 ZPO, die andere auf Art. 13 EGBGB. Beide Auffassungen kommen dabei zu dem Ergebnis, daß die Gegenmeinung gegen den ordre public verstoße. Vom Rechtsstandpunkt aus scheinen beide Auffassungen begründet. Trotz der bestechenderen rechtlichen Begründung der ersten Meinung, ist jedoch der zweiten nach Zweckmäßigkeitserwägungen der Vorzug zu geben. Auf alle Fälle müssen hinkende Rechtsverhältnisse vermieden werden. Mit dem Scheidungsurteil des deutschen Gerichts besteht aber ein solches bereits. Also muß man sich vor der Schaffung eines weiteren hinkenden Verhältnisses umso mehr hüten.¹⁸⁾ Außerdem kann der Ausländer die Scheidung in seinem Land zum Beispiel auch wegen Ehebruchs oder böswilligen Verlassens des anderen geschiedenen, vielleicht schon wieder verheirateten Teils stets erreichen, wenn sein Heimatstaat das deutsche Urteil nur wegen Erwägungen der Zuständigkeit nicht anerkannt hat.

Bei der Nichtanerkennung wegen Unscheidbarkeit der Ehe in seinem Heimatstaat ist der Ausländer ohnehin in der gleichen Lage wie seine übrigen Landsleute.

Eigentlich sollte es nicht sein, daß man einerseits die Ehe scheidet, andererseits aber die erneute Eheschließung im Inland verbietet (weshalb dies ja von der ersten Meinung abgelehnt wird). Solange im deutschen IPR die Staatsangehörigkeit noch ein entscheidender Anknüpfungsmoment ist, und solange für die Ausländer ihr Heimatrecht zur Anwendung kommt, muß von der zweiten Meinung ausgegangen werden. Andernfalls werden die hinkenden Verhältnisse nur noch vermehrt und noch komplizierter. Wenn man aber im IPR vom Staatsangehörigkeitsprinzip als Anknüpfungsmoment zum Wohnsitz oder Aufenthaltprinzip übergehen würde, wäre es möglich, zur ersteren Auffassung zurückzukommen und die Eheschließung im Inland zu gestatten. Dies schlägt auch der Rat für deutsche IPR unter den gleichen Voraussetzungen vor.¹⁹⁾

18) Vgl. Raape bei Staudinger, Art. 17, Anm. F II 4: "Das deutsche Gericht hat in unseren Fällen die Streitenden zu scheiden. Das tut es aber für das Wohl des deutschen Teils. Das heißt aber nicht, daß das deutsche Recht auch die Liebenden vereinigen soll, obwohl die hinkende Wirkung der Ehe im Inland gelitten wird."

19) Vgl. ZAIP 25 (1960), 202.

Hierzu vertritt RAAPE²⁰⁾ eine abweichende Meinung. Einerseits will er den Geschiedenen die Wiederheirat nicht zugestehen, wenn beide Ehegatten Ausländer sind, andererseits läßt er sie, wenn einer der Ehepartner deutscher Staatsangehöriger ist. Für eine solche Unterscheidung gibt es jedoch keine ausreichende Grundlage. Das deutsche Scheidungsurteil hat jedesmal die gleiche Rechtskraftwirkung, und in beiden Fällen will schließlich ein Ausländer in Deutschland heiraten, der durch ein deutsches Urteil geschieden ist.

FRANKENSTEIN²¹⁾ unterscheidet zwischen Ausländern, deren Heimatrecht die Scheidung überhaupt nicht zuläßt, und solchen, deren Rechtsordnung die Scheidung zwar kennt, aber das deutsche Urteil wegen Zuständigkeitserwägungen nicht anerkennt. Für letztere will er die neue Eheschließung in Deutschland zulassen.

Obwohl sich FRANKENSTEIN offensichtlich bereits von Zweckmäßigkeitserwägungen leiten läßt, wäre es noch zweckmäßiger, die Eheschließung in keinem der beiden Fälle zuzulassen. Für die erstere Gruppe, deren Heimatrecht eine Scheidung nicht kennt, gibt FRANKENSTEIN selbst zu, daß es zweckmäßig ist, wenn man die Eheschließung für sie nicht zuläßt. Für die zweite besteht ohnehin die Möglichkeit, sich in ihrem Heimatstaat scheiden zu lassen. Es besteht kein Grund dafür, daß die deutschen Behörden darauf hinwirken, diesem Ausländer möglichst schnell eine neue Ehe zu ermöglichen. Es wird ihn zwar Zeit kosten, aber er wird bestimmt die Scheidung in seinem Land auch erreichen können, und damit ist die Frage gelöst.

3. Ehefähigkeitszeugnis und die Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses

a) Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses

Hinsichtlich der Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses ist folgendes zu bemerken:

Die erste Auffassung, die die Eheschließung zulassen wollte, hatte dafür den Weg, den Ausländer von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses zu befreien.

20) Bei Staudinger, Art. 17, Anm. F III 4; IPR, S. 317.

21) Vgl. Frankenstein, IPR, Bd. III, S. 539; auch Albers, Einzelfragen der Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses, StAZ 1952, 50.

Nach Art. 13 EGBGB wird die Ehefähigkeit des Ausländers nach seinem Heimatrecht beurteilt. Bei jeder Eheschließung muß der Standesbeamte prüfen, ob irgendein Ehehindernis für diesen Ausländer nach seinem Heimatrecht besteht. Da dies aber zu schwierig ist, erleichtert § 10 EheG diese Prüfung durch Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses. Daraus erhellt, daß dieses Zeugnis vor allem ein Prüfungsmittel für den Standesbeamten ist. Gleichgültig, ob der Ausländer ein Zeugnis oder eine Befreiungserklärung von der Beibringung dieses Zeugnisses vorlegt, der Standesbeamte muß trotzdem weiterprüfen, ob irgendwelche Ehehindernisse vorliegen.²²⁾ Diese Befreiung bezieht sich also nur auf die Vorlagepflicht des Ehefähigkeitszeugnisses.²³⁾

Kann aber die für diese Befreiung zuständige Behörde dem Standesbeamten befehlen, die Anwendung des nach Art. 13 I EGBGB maßgebenden ausländischen Rechts außer Acht zu lassen?

Diese Frage ist schwerlich zu bejahen. Höchstens könnte die Befreiung wie in den bei GUGGUMOS verzeichneten Ausnahmefällen, also in folgenden Fällen erteilt werden:

- "1. wenn der ausländische Staat ein solches Zeugnis überhaupt nicht ausstellt²⁴⁾
2. wenn aus persönlichen Gründen die Beibringung des Zeugnisses nicht zugemutet werden kann
3. wenn die Urkunde für den Nachweis der Ehefähigkeit nicht geeignet wäre
4. wenn in Einzelfällen aufgrund politischer Spannungen auf längere Zeit hin eine Äußerung der Heimatbehörden nicht zu erlangen war."

Nicht ist die Befreiung aber möglich, wenn der ausländische Staat das Zeugnis verweigert, weil er seinen Staatsangehörigen für verheiratet hält.^{25) 26)}

Im Verhältnis zur Türkei bedarf auch diese Frage einer weitergehenden Prüfung.

22) Vgl. §§ 407, 414 der Dienstanweisung für die Standesbeamten, i. d. F. v. 4.8.1953; siehe auch: Neumayer, ZAIP 20, S. 66 ff.

23) Vgl. Palandt-Lauterbach, § 10 EheG, Anm. 2; Neumayer, ZAIP 20, S. 66 ff./72; RGZ 152, 23.

24) So schon § 10 II EheG.

25) Vgl. Maßfeller, Intern. FamR. Dtl.u.Fr., S. 225.

26) Vgl. die Darstellung des umgekehrten Falles bei Neumayer, ZAIP 20 (1955), 80.

b) Ehefähigkeitszeugnis

§ 404 II DA für deutsche Standesbeamte zählt auch die Türkei zu den Ländern, die Ehefähigkeitszeugnisse ausstellen. Nach BERGMANN²⁷⁾ müssen Türken ein Ehefähigkeitszeugnis beibringen. Trotzdem wird aber darüber hinaus ein Heimatsaufgebot in der Türkei gemäß Art. 98 tZGB gefordert.²⁸⁾

In der Praxis erteilen die Konsulate "Ehefähigkeitszeugnisse", und zwar aufgrund der von den zuständigen Standesämtern²⁹⁾ ausgestellten "Auszüge aus dem Standesregister = Nufus kayit sureti", die angeben, ob für die beabsichtigte Ehe irgendwelche Ehehindernisse vorliegen oder nicht, und aufgrund der "Heimatsaufgebotscheine (Eheaufgebotscheine = Evlenme ilâni cevabi), welche die durch den Heiratsbeamten ermittelten Aufgebotsergebnisse, das heißt, die Ergebnisse der Einspruchsverfahren, beinhalten.

Gemäß § 5a PStG sind für die Ausstellung der Ehefähigkeitszeugnisse die Heimatbehörden des ausländischen Staates zuständig; das Zeugnis eines diplomatischen oder konsularischen Vertreters des Auslandstaates genügt nicht. Außerdem muß das Zeugnis mit der Bescheinigung des zuständigen deutschen Konsuls über die Befugnis der Auslandsbehörde zu seiner Ausstellung versehen sein (§ 5a I S. 1 PStG), falls sich nicht aus einem mit dem Heimatstaat des Ausländers abgeschlossenen Staatsvertrag ergibt, daß es einer solchen Bescheinigung zur Anerkennung des Zeugnisses in Deutschland nicht bedarf. Zwischen der Türkei und Deutschland besteht ein Vertrag dieser Art nicht.

Zunächst ist dabei zu klären, ob das Ehefähigkeitszeugnis dem türkischen Recht überhaupt bekannt ist.

Das türkische Recht, das im Jahre 1926 aus dem schweizerischen ZGB übernommen worden ist, kennt mit der gleichen Bezeichnung dieses Zeugnis nicht. Das schweizer Recht hat es selbst erst am 3. 7. 1945 eingeführt.³⁰⁾ Es könnten zwei Zeugnisse des türkischen Rechts in Frage kommen, die mit dem deutschen Ehefähigkeitszeugnis zu vergleichen sind und es ersetzen könnten:

27) Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, I, T 2, S. 6.

28) Vgl. Gymnich, Ehefähigkeitszeugnisse aus der Türkei, StAZ 1960, 25, 134.

29) Standesbeamter ist in der Türkei nur der Beamte, der ausschließlich für Standesregistersachen zuständig ist. Daneben gibt es auch einen Heiratsbeamten, der für Eheschließungen zuständig ist. Letzterer ist entweder der Bürgermeister oder sein Vertreter für Ehesachen (Art. 3 der Heiratsordnung).

30) Vgl. Berner Komm., Art. 105, RdNr. 22.

1. der Auszug aus dem Standesregister

2. das Erlaubniszeugnis zur Eheschließung (= Evlenme izin belgesi).

Jeder, der eine Ehe eingehen möchte, muß in der Türkei beim Heiratsbeamten unter anderem einen "Auszug aus dem Standesregister" vorlegen, in dem alle seine Personalien und die Änderungen seines Familienstandes dargestellt sind. Der Auszug aus dem Standesregister entspricht also etwa der deutschen Geburtsurkunde. Ob nun noch irgendwelche Eehindernisse der beabsichtigten Ehe entgegenstehen, wird ebenfalls vom Heiratsbeamten geprüft. Hierbei kommen für ihn vor allem das Aufgebots- und Einspruchsverfahren gemäß Art. 97 ff. tZGB in Betracht. Sollte auf diese Weise vom Heiratsbeamten festgestellt werden, daß kein Eehindernis besteht, so können die Verlobten verlangen, daß für sie ein "Erlaubniszeugnis für die Eheschließung" ausgestellt wird, damit sie innerhalb von sechs Monaten überall in der Türkei vor jedem Heiratsbeamten die Ehe schließen können (Art. 105 tZGB). Dieses Zeugnis bestätigt, daß kein Eehindernis besteht, daß das Aufgebot erfolgt und kein Einspruch gegen die beabsichtigte Ehe erhoben beziehungsweise ein erhobener Einspruch abgewiesen ist. Außerdem enthält es die Personalien der Betroffenen, die Gültigkeitsdauer des Zeugnisses und die ausdrückliche Erlaubnis, vor jedem türkischen Heiratsbeamten innerhalb dieser Frist die Ehe zu schließen. Diese Erlaubnis unterscheidet sich vom deutschen Ehefähigkeitszeugnis einmal durch seine Bezeichnung, zum zweiten dadurch, daß sie für Eheschließungen in der Türkei vorgesehen ist, während das Ehefähigkeitszeugnis nur für die Heirat im Ausland benötigt wird (§ 10 EheG).

Wird also für eine Eheschließung in Deutschland das Zeugnis ins Deutsche übersetzt und vom zuständigen deutschen Konsul die Befugnis der Ausstellungsbehörde bescheinigt, so wird dies als Ehefähigkeitszeugnis genügen. Würde dies nicht zugelassen, so hätte auch der OLG-Präsident keine sicherere Urkunde als dieses Zeugnis, um den Betroffenen von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses befreien zu können.³¹⁾

4. Die Form der Eheschließung

Grundsätzlich haben beide Rechte die gleiche Form für die Eheschließung.

31) Die zur Zeit von den türkischen Konsulaten aufgrund der Auszüge aus dem Standesregister und der Antwoortscheine des Aufgebots ausgestellten "Ehefähigkeitszeugnisse" können heute höchstens eine Unterlage für die Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses bilden.

Die vom deutschen Recht abweichende Regelung des türkischen Rechts über das Einspruchsverfahren und die Klage auf Versagung der Eheschließung nach Art. 100 ff. tZGB kommen in Deutschland für die Eheschließungen der türkischen Staatsangehörigen nicht in Betracht, weil das Aufgebotsverfahren zur Form gehört³²⁾ und für beide Rechte international privatrechtlich der Grundsatz "locus regit actum" gilt. Die Ehen, die in einem Land nach seiner Form geschlossen sind, werden in dem anderen auch als gültig anerkannt.³³⁾ Im türkischen Recht regelt Art. 98 tZGB die örtliche Zuständigkeit für das Aufgebot. Durch Abs. II wird auch für die Türken, die ihren Wohnsitz im Ausland haben, ein zuständiger Heiratsbeamter bestimmt. Daß das inländische Aufgebot zwingend vorgeschrieben ist, ergibt sich zwar daraus nicht, jedoch werden in der Praxis die türkischen Heiratsbeamten kein Zeugnis über die Erlaubnis zur Eheschließung ausstellen können, bevor das Aufgebotsverfahren nicht bei ihrem Amt erfolgt ist.

5. Auseinandersetzungszeugnis nach § 9 EheG und seine Behandlung im deutsch-türkischen Verhältnis

Will ein deutscher Vater, der ein Kind aus einer vorausgegangenen Ehe mit einer Türkin hat, das die türkische Staatsangehörigkeit besitzt und seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Türkei hat, eine neue Ehe eingehen (in Deutschland oder im Ausland), so taucht die Frage auf, ob der deutsche Vater in diesem Fall überhaupt ein Auseinandersetzungszeugnis des Vormundschaftsgerichts braucht.

Dies scheint nicht nötig zu sein, da das Kind eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt und sich in der Türkei aufhält, und die türkische Rechtsordnung,

32) Vgl. Egger, Art. 105, RdNr. 3; Art. 131, RdNr. 1 u. 7. Im deutschen Recht unterschiedliche Qualifikation im materiellen Recht (nicht Formvorschrift, da es der Heirat vorausgeht; Wolff, IPR, S. 188, Fußn. 2, 51) und im IPR (Formvorschrift). Vgl. Kegel bei Soergel, Art. 13, RdNr. 13; Staudinger-Raape, Art. 13, Anm. C II 1 c.

33) Vgl. Berkî, a.a.O., S. 348; Seviğî, DHH, S. 483. Über die konsularischen Eheschließungen siehe: Konsularvertrag zwischen Deutschland und der Türkei, RGBl 1930 II 748 ff., Art. 18; Türkei: Hariciye Vek. 30.9. 1929 tarihli tezkere; Tem. 2. HD. 6. 6837/K 3705 (Tat. Yg.kar. 1950-51, Sayı: 17, S. 493).

der das Kind untersteht, einen solchen Schutz nicht für erforderlich erachtet. Die Frage wird besonders bedeutsam, wenn der deutsche Vater abermals eine Türkin in der Türkei heiraten möchte und für diese Eheschließung in Deutschland von seinem zuständigen Standesamt ein Ehefähigkeitszeugnis beantragt. Soll es der Standesbeamte ausstellen, wenn alle anderen Voraussetzungen für die beabsichtigte Ehe gegeben sind (also kein Ehehindernis vorliegt), jedoch kein Auseinandersetzungzeugnis beigebracht wird?

Der Standesbeamte hat nicht die Befugnis, die Befreiung von der Vorschrift des § 9 EheG zu erteilen.³⁴⁾ Er kann deshalb von einem Auseinandersetzungzeugnis nicht absehen. Außerdem bezweckt das Auseinandersetzungzeugnis den Schutz des Kindes (§§ 1683 BGB; § 9 EheG). Dies gilt auch dann, wenn das Kind nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Für das Verhältnis zwischen Eltern und dem ehelichen Kinde ist das Heimatrecht des Vaters maßgebend (Art. 19 EGBGB), und somit der Schutz, welcher durch die Vorschriften des deutschen Familienrechts zu Gunsten des Kindes vorgesehen ist, durch das deutsche IPR auch auf Kinder des deutschen Vaters ausgedehnt, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit haben.³⁵⁾ Die Vorschrift des § 9 EheG hat also für alle Fälle zwingenden Charakter, und der deutsche Vater braucht für seine neue Eheschließung ein Auseinandersetzungzeugnis, auch wenn das Kind türkisch ist.³⁶⁾

Problematisch ist weiterhin, wo dieses Zeugnis ausgestellt werden soll. Das türkische Vormundschaftsgericht, in dessen Bezirk das Kind seinen Wohnsitz hat, kann in diesem Fall nicht ohne weiteres tätig werden, da das türkische Recht das "Auseinandersetzungzeugnis" nicht kennt, und es daher vom türkischen Vormundschaftsgericht nicht ausgestellt wird. Andere Bescheinigungen des türkischen Vormundschaftsgerichts, die es in seinem Aufgabenbereich auszustellen fähig ist, gelten in Deutschland für den deutschen Standesbeamten nicht als Auseinandersetzungzeugnis.³⁷⁾ Somit steht dem deutschen Vater nur noch die Möglichkeit offen, das Zeugnis beim deutschen Vormundschaftsgericht zu beantragen.

KEGEL³⁸⁾ vertritt die Ansicht, daß die internationale Zuständigkeit des deut-

34) Vgl. Peters, Rechtspfleger 1959, 341; auch die §§ 428, 488 DA.

35) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 19, Anm. C I; KG JFG 11, 44.

36) A. A. LG Nürnberg-Fürth, StAZ 1958, 208.

37) So z. B. für die Bescheinigung eines schweizerischen Vormundschaftsgerichts in einem ähnlichen Fall, FamRZ 1961, 478.

38) Bei Soergel, Art. 19, RdNr. 39 und 20-26.

schen Vormundschaftsgerichts analog §§ 43 I, 36 I S. 1 und II FGG zu begründen sei, indem er an Stelle des Kindes den Elternteil treten läßt, der das Zeugnis braucht. Er folgert die Zuständigkeit also aus einem Fürsorgebedürfnis, wobei er auf das Wohl eines Elternteiles Rücksicht nimmt, in unserem Falle auf das Interesse des Vaters an seiner Wiederverheiratung.

Die Begründung mit § 36 I FGG erscheint jedoch angreifbar, da das Kind nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Der allgemeine Grundsatz, daß hilfsweise das deutsche Vormundschaftsgericht eintritt, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge hervortritt,³⁹⁾ wenn es an einer sonstigen Zuständigkeitsform fehlt, ist ebenfalls nicht anwendbar. Diese Lücke in den deutschen Zuständigkeitsbestimmungen, die hier zu einer Rechtsverweigerung führen würde, ist zu schließen, indem die internationale Zuständigkeit des deutschen Gerichts bejaht wird, da nach Art. 13 I EGBGB für den deutschen Vater (Verlobten) das deutsche Recht maßgebend ist (Grundsatz des Gleichlaufes).⁴⁰⁾

Dritter Teil:

DIE FEHLERHAFTE EHE

I. Maßgebendes Recht

Ist eine Ehe geschlossen, und fehlen sachliche oder formelle Voraussetzungen, so werden die Folgen in Deutschland von dem verletzten Recht bestimmt,¹⁾ welches nach Art. 13 I, II EGBGB zur Anwendung kommt. Sind aber zwei Heimatrechte bei einer Mischehe zwischen türkischen und deutschen Staatsangehörigen verletzt, so ist das Recht maßgebend, das die umfassenderen Folgen nach sich zieht.²⁾

39) KGJ 39 A 198, 203.

40) Dieser Grundsatz hat jedoch bei Vormundschaftssachen keine allgemeine Anerkennung gefunden. Vgl. Kegel, IPR, S. 292; Soergel-Kegel, Art. 19, RdNr. 26 und 38; Dölle, ZAIP 27 (1962), 234, 212; StAZ 1956, 194; FamRZ 1961, 479; Riezler, Intern. FamR, Dtl.u.Fr., S. 527.

1) H. M.: Lewald, IPR, S. 83/87; Staudinger-Raape, Art. 13, Anm. A I 5a; ders. IPR, 244; Wolff, IPR, 195; Soergel-Kegel, Art. 13, RdNr. 72; a. M.: Frankenstein, IPR, Bd. I, S. 561; Bd. III, S. 217.

2) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 13, RdNr. 83; Raape, IPR, S. 238; Dölle, Festschrift für Boehmer, 1954, S. 134 ff.

Im türkischen Recht fehlt eine ausdrückliche Regelung. Aus der allgemeinen Regelung des Art. 4 EHVK kann geschlossen werden, daß auch nach dem türkischen IPR die Folgen der Nichtigkeit der Ehe das verletzte Recht bestimmt.

II. Zuständigkeit der deutschen Gerichte

Ist ein Ehegatte Deutscher, so sind die deutschen Gerichte gemäß § 606 ZPO für Klagen zuständig, die die Auflösung der Ehe oder die Feststellung ihres Bestehens oder Nichtbestehens zum Gegenstande haben. Sind beide Ehegatten türkischer Staatsangehörigkeit, so ist die Zuständigkeit der deutschen Gerichte von der Anerkennung ihrer Urteile seitens der Türkei abhängig (§ 606 b Nr. 1 ZPO). Eine Anerkennung seitens der Türkei erfolgt zur Zeit nicht (vergleiche darüber unten 5. Teil, S. 104 ff.) da sie die ausschließliche Zuständigkeit für ihre Gerichte beansprucht, wenn es sich um Statussachen türkischer Staatsangehöriger handelt. Somit ist die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ausgeschlossen, wenn es sich um türkische Eheleute handelt. Nach § 606 b Nr. 2 ZPO ist jedoch die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte gegeben, wenn eine Frau klagt, die bei der Eheschließung die deutsche Staatsangehörigkeit besessen hat.

III. Die Gegenüberstellung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe des deutschen und des türkischen Rechts

1. Allgemeines

Das türkische Recht kennt außer der "Nichtehe" (Art. 109 tZGB),³⁾ die auch dem deutschen Recht in §§ 11 und 13 EheG bekannt ist, auch die absolute und relative Nichtigkeit der Ehe.

2. Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe

a) Die in Art. 142 tZGB normierte Strafwartefrist ist dem deutschen Recht unbekannt. Bei Bigamie und Blutsverwandtschaft bestimmen zwar beide Rechte die Nichtigkeit der Ehe (Art. 112 tZGB; §§ 20, 21 EheG); nach Art. 112 tZGB sind aber auch Ehen unter Verschwägerten absolut nichtig. Absolut nichtig sind auch die Ehen zwischen Personen, die zur Zeit der Eheschließung geisteskrank oder aus einem dauernden Grund urteilsunfähig waren (Art. 112

3) Vgl. Yarg. 2. HD. vom 28.2.1950 E 596/K 1052; dagegen Egger, Art. 131, RdNr. 6.

tZGB). Nach §§ 21 II und 18 II EheG sieht das deutsche Recht in diesen Fällen Heilungsmöglichkeiten vor.

b) Das Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft (§ 4 EheG), das Eheverbot des Ehebruchs (§ 6 EheG), sowie das Verbot wegen Fehlens der Zustimmung einer zwar sorge- aber nichtvertretungsberechtigten Person (§ 3 EheG) sind dem türkischen Recht unbekannt. Die ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters (Art. 120 tZGB; § 30 EheG) oder unter dem Einfluß von Willensmängeln (Art. 116-118 tZGB; §§ 31-34 EheG) geschlossenen Ehen haben im türkischen Recht Anfechtbarkeit (relative Nichtigkeit) zur Folge.

c) Auch das Verbot der Namensese ist dem türkischen Recht unbekannt. In der Schweiz wurde mit Art. 56 des Gesetzes vom 29.9.1952 über den Erwerb und Verlust des schweizer Bürgerrechts dem Art. 120 ZGB ein vierter Absatz hinzugefügt, wonach die Ehe einer Frau nichtig ist, wenn sie diese in Umgehung der Vorschriften des schweizer Bürgergesetzes und nicht mit der Absicht des Aufbaues der ehelichen Gemeinschaft eingegangen ist. Die Türkei hat bis jetzt keine ähnliche Bestimmung eingeführt, und es besteht daher bei der Scheinehe in der türkischen Gesetzgebung eine Lücke, die dringend, aber viel ausführlicher als durch das schweizerische ZGB ausgefüllt werden muß.⁴⁾ Diese Lücke kann nicht durch Art. 2 tZGB, das heißt, nach der allgemeinen Klausel von Treu und Glauben ausgefüllt werden,⁵⁾ da eine Ehe nicht nach einer so allgemeinen und verschwommenen Klausel beurteilt und sogar zerstört werden kann. Das Eherecht ist ein Gebiet, auf dem tunlichst nur spezielle Vorschriften zu gelten haben, und auf dem eventuelle Lücken nur der Gesetzgeber schließen kann, wie dies in der Schweiz der Fall war.⁶⁾

-
- 4) Diese Regelung soll außer der Staatsangehörigkeits- und Namensese auch die Ehen umfassen, die um des Erwerbs eines zukünftigen Rentenrechts oder um der Umgehung der Ausweisungsvorschriften des Art. 19 des Gesetzes vom 24.7.1950, Nr. 5683, Willen geschlossen sind. Vgl. über diese Frage auch: Schwarz, a. a. O., S. 119; Saymen, a. a. O., S. 224 ff.
- 5) Vgl. Egger, Über Scheinehen, Festschrift für Fleiner, 1937, S. 85.
- 6) So auch Egger, Art. 123, RdNr. 2: "... auch die Ehen, die nur geschlossen werden zur Erlangung eines bestimmten Namens oder Standes oder Bürgerrechts, können nicht angefochten werden. Ausgeschlossen ist wegen der erschöpfenden und zwingenden Ordnung des Eherechts auch der Einwand des Rechtsmißbrauchs, BGE II 128; vgl. auch Art. 2 RdNr. 29."

Somit ist das deutsche Recht momentan in seiner Vorschrift über die Folgen einer Scheinehe strenger als das türkische und daher bei Verletzung eines derartigen Eheverbots anwendbar (§ 19 EheG).

d) § 17 II EheG sieht Heilung vor bei einer durch Stellvertretung, unter einer Bedingung oder ohne gleichzeitige Anwesenheit beider Parteien geschlossene Ehe, sofern die Ehegatten fünf Jahre (oder im Falle früheren Versterbens eines von ihnen, bis zum Tode mindestens drei Jahre) als Ehegatten gelebt haben, ohne daß die Klage auf Nichtigkeit erhoben worden ist. Dies ist dem türkischen Recht fremd. Eine Ehe, die durch Stellvertretung oder ohne gleichzeitige Anwesenheit der Verlobten geschlossen wurde, ist eine Nichtehe (Art. 109 tZGB) und kann nicht geheilt werden. Auch eine Bedingung bei der Erklärung des Heiratswillens vor dem Standesbeamten macht sie zur Nichtehe. Das türkische Recht mußte aber durch die nach der Rezeption des schweizerischen Rechts nach und nach erschienenen einzelnen Gesetze⁷⁾ unter bestimmten Voraussetzungen manche Gemeinschaften als Ehe eintragen lassen, die nach dem tZGB nicht als solche anzusehen waren. Hierbei handelt es sich aber um Sondergesetze, die nur kurze Zeit Geltung hatten.

e) Urteilsunfähigkeit bei der Eheschließung aus einem vorübergehenden Grund führt im türkischen Recht nur zur Anfechtbarkeit (Art. 115 tZGB), im deutschen Recht dagegen als Geschäftsunfähigkeit zur Nichtigkeit der Ehe.

f) Besonders zu beachten ist die Bestimmung des § 39 EheG (Wiederheirat nach Todeserklärung), da das türkische Recht davon ziemlich abweicht. In Art. 94 tZGB ist ausdrücklich bestimmt, daß für den überlebenden Ehegatten eine neue Eheschließung erst dann möglich ist, wenn die frühere Ehe gerichtlich aufgelöst ist. Die Verschollenheitserklärung allein löst die erste Ehe also nicht ipso iure auf. Sie muß vielmehr vom Richter⁸⁾ entweder mit der Verschollenheitserklärung gleichzeitig begehrt oder erst nach erfolgter Verschollenheitserklärung von dem überlebenden Ehegatten verlangt werden (Art. 31 tZGB).⁹⁾ Sollte sich der Ehegatte ohne Auflösung seiner früheren Ehe wieder verheiratet haben, so ist diese zweite Ehe bigamisch und damit nichtig (Art. 112 tZGB). Ist die erste Ehe aufgelöst, und der Verschollene kehrt zurück, so gilt die Ehe weiterhin als aufgelöst, die Eheschließung müßte wiederholt werden; eine eventuelle zweite Ehe ist in diesem Fall gültig, wobei Gut- und Bösgläubigkeit keine Rolle spielt. Wollen sich die Ehegatten der ersten

7) Das letzte; Gesetz v. 30.1.1956, Nr. 6652.

8) Für Scheidung und Verschollenheit ist dasselbe Gericht zuständig.

9) Vgl. BGE 56 I 546.

Ehe nochmals verheiraten, so muß die zweite Ehe vorher aufgelöst sein.¹⁰⁾

Fraglich ist, ob ein deutsches Gericht die Ehe einer verschollenen türkischen Staatsangehörigen auflösen kann, wenn der überlebende Ehegatte dies begehrt. Es handelt sich um eine Auflösung der Ehe wegen Todesvermutung. Das deutsche Recht kennt eine gerichtliche Auflösung der Ehe aufgrund einer Verschollenheitserklärung nicht. Doch kann eine derartige Tätigkeit dem deutschen Recht nicht als wesensfremd bezeichnet werden, da sie rein funktionell der Aufhebung des deutschen Rechts entspricht. Sollte sich im Falle der Wiederheirat nach Todeserklärung eines Ehegatten herausstellen, daß der für tot erklärte noch lebt, so hat der deutsche Richter die neue Ehe aufzuheben, wenn der andere Ehegatte dies bei der Wiederheirat nicht wußte (§ 39 EheG).

3. Die Nichtigkeitsklage

Bei der absoluten Nichtigkeit der Ehe (Art. 112 tZGB) kann die Klage nach türkischem Recht von jedermann, der ein Interesse daran hat und außerdem durch die zuständige Behörde (Staatsanwaltschaft) von Amts wegen erhoben werden (Art. 113 tZGB). Ist die Ehe schon aufgelöst, so entfällt das Klagerecht des Staatsanwaltes, das Klagerecht der Privatpersonen bleibt weiterhin bestehen (Art. 114 I tZGB). Nach deutschem Recht dagegen sind nur die Ehegatten (bei Doppelehe auch der aus früherer Ehe) und der Staatsanwalt klageberechtigt (§ 24 EheG). Ist die Ehe bereits aufgelöst, so erlischt nur das Klagerecht der Ehegatten, nicht das des Staatsanwalts. In beiden Fällen muß der Staatsanwalt jedoch nicht wie im türkischen Recht die Klage von Amts wegen erheben, vielmehr liegt dies in seinem Ermessen.

Ist die Urteilsunfähigkeit oder Geisteskrankheit eines Ehegatten behoben, so besteht die Möglichkeit einer Klage auf Nichtigkeit der Ehe nicht mehr. Die Ehe kann nur noch angefochten werden (Art. 114 II tZGB). Auch im deutschen Recht ist die Heilung der Ehen von Geschäftsunfähigen durch nachträgliche Bestätigung möglich (§ 18 II EheG). Nach Art. 114 III tZGB entfällt eine Nichtigkeitsklage gänzlich, wenn die frühere Ehe durch Tod, Scheidung oder Ungültigerklärung¹¹⁾ aufgehoben worden ist, und der zweite Ehegatte gutgläubig war.¹²⁾

10) Vgl. Schwarz, a.a.O., S. 77; Saymen, a.a.O., S. 88/89.

11) Vgl. Egger, Art. 120 RdNr. 6.

12) Vgl. Egger, Art. 122 RdNr. 4.

Wurde das die erste Ehe auflösende Urteil (Scheidungs- oder Ungültigkeitsurteil) nach Eingehung der zweiten Ehe in einem Revisionsverfahren wieder aufgehoben, so taucht die Frage auf, ob die zweite Ehe gültig ist. Sie ist im türkischen Recht umstritten.¹³⁾

Stirbt etwa der zum zweiten Mal verheiratete Ehegatte, und ist der Ehegatte der zweiten Ehe gutgläubig, so ergibt sich die Frage, welche Ehe gültig war. Im deutschen Recht werden für die Erbschaftsauseinandersetzungen beide Ehen als gültig betrachtet.¹⁴⁾ Im türkischen Recht interpretiert die herrschende Meinung aus Art. 112 III tZGB dahin, daß der Gesetzgeber den Schutz des Gutgläubigen und daher die Aufrechterhaltung der zweiten Ehe bezweckt. Somit kommt sie zum Ergebnis, daß die Aufrechterhaltung der Ehe nicht mehr nötig ist, nachdem sie durch den Tod des einen Ehegatten aufgelöst ist.¹⁵⁾

Die Nichtigkeitsklage (absolute Nichtigkeit) ist im türkischen Recht nicht befristet. Das deutsche Recht hat die gleiche Regelung nur für Doppel- und blutschänderische Ehen vorgesehen (§§ 20, 21 EheG). In den anderen Fällen der Nichtigkeit sieht das deutsche Recht Heilungsmöglichkeiten vor (§§ 21 II, 22 II, 18 II, 17 II, 19 II EheG).

4. Das Urteil

Sowohl aus absoluten Nichtigkeitsgründen als auch aus Anfechtungsgründen kann eine Ehe im türkischen Recht für "ungültig" erklärt werden. Mit der Rechtskraft dieser Ungültigerklärung wird die Ehe ex nunc aufgelöst (Art. 124 II tZGB). Dies ist im deutschen Recht nur bei der Aufhebung der Ehe der Fall (§ 37 EheG). Die Nichtigterklärung der Ehe wirkt im deutschen Recht ex tunc.¹⁶⁾

Für einen deutschen Richter steht jedoch nichts entgegen, eine Ehe nach dem

13) Verneinend Egger, Art. 120 RdNr. 6; Gmür, Art. 120 RdNr. 9; a. M.: Saymen, a. a. O., S. 208; BGE 6, 274.

14) Vgl. Lange, H., Fragen des Eheschließungsrechts, AcP 145, 129-176/165; Beitzke, a. a. O., S. 40; Ferid, Beerbung eines bigamen Erblässers, in dessen einer Ehe die Zugewinnngemeinschaft gegolten hat, FamRZ 1963, 410.

15) Vgl. Saymen, a. a. O., S. 90; Schwarz, a. a. O., S. 77.

16) Vgl. Palandt-Lauterbach, § 23 EheG Anm. 3 (jedoch mit Ausnahmen bezüglich der Ehelichkeit der Kinder, § 26 EheG, § 1695 BGB, und des gutgläubigen Partners, § 25 EheG).

maßgebenden türkischen Recht für "ungültig" zu erklären, da diese Institution die gleichen Folgen wie die deutsche Aufhebung der Ehe hat und ihr gleichartig ist, auch wenn sie "Ungültigerklärung" heißt.¹⁷⁾ Besteht aber auch ein Nichtigkeitsgrund des deutschen Rechts, so hat der deutsche Richter nicht die Ungültigkeit, sondern die Nichtigkeit der Ehe auszusprechen, und mit der Rechtskraft dieses Urteils wird die Ehe von vorneherein vernichtet.¹⁸⁾

Problematisch ist, ob der türkische Richter die Nichtigkeit nach deutschem Recht aussprechen kann.

Eine ex tunc wirkende Nichtigkeit für die Ehe kennt das türkische Recht nicht. Auch diese aber unterscheidet sich von der Ungültigerklärung der Ehe des türkischen Rechts nur in einigen Fällen, da wegen der zahlreichen Ausnahmen, in denen die deutsche Nichtigkeitserklärung ebenfalls nur ex nunc-Wirkung hat (zum Beispiel für die Kinder), die ex tunc-Wirkung praktisch nicht sehr bedeutsam ist. Mit einem Verstoß gegen den türkischen *ordre public* ist daher nicht zu rechnen, da auch im türkischen IPR der Grundsatz des härteren Rechts gilt¹⁹⁾ und der Richter die Nichtigkeit auszusprechen hat, wenn eine Partei deutscher Staatsangehöriger ist und ein Nichtigkeitsgrund des deutschen Rechts vorliegt.

5. Probleme bei der Geltendmachung der Nichtigkeitsgründe

a) Durch Privatpersonen

17) Problematisch ist hierbei die Geschäftsfähigkeit der durch die Eheschließung mündig gewordenen Ehegatten (Art. 11 II *tzGB*), wenn die Ehe nachträglich wieder für ungültig erklärt worden ist. Wegen der ex nunc-Wirkung der Ungültigerklärung gelten die Ehegatten in der Zwischenzeit als mündig. Diese Mündigkeit muß ihnen verbleiben (wie auch in anderen vergleichbaren Fällen - z.B. Art. 7 II *EGBGB*). Auch die Staatsangehörigkeit der Frau, die durch die Ehe erworben worden ist, bleibt nach der Ungültigerklärung bestehen (vgl. Egger, Art. 134 RdNr. 1). Im türkischen Recht jedoch nach Art. 5 II des neuen *tStAG* nur, wenn die Ehefrau gutgläubig war.

18) Grundsatz des härteren Rechts, vgl. Soergel-Kegel, Art. 13 RdNr. 83 und die dort angegebene Literatur.

19) Vgl. Berki, a.a.O., S. 346/347.

Da es sich bei der Klagemöglichkeit, die Privatpersonen bei absoluter Nichtigkeit eingeräumt ist, um ein subjektives Vernichtungsrecht, nicht aber um einen "modus procedendi" handelt, ist die Vorschrift des Art. 113 tZGB über die anfechtungsberechtigten Personen als materiellrechtlich zu qualifizieren.²⁰⁾ Nach Abs. II dieser Vorschrift kann die Nichtigkeitsklage von jedermann erhoben werden, der ein Interesse hat.

Bei verschiedener Staatsangehörigkeit der in Deutschland lebenden Ehegatten ist hinsichtlich der Geltendmachung der Nichtigkeitsgründe zu unterscheiden: Handelt es sich um ein zweiseitiges Eheverbot, etwa wie im Falle des Ehebruchs, so kann die Anfechtung von beiden Seiten geltend gemacht werden, auch wenn das eine Recht das Eheverbot nicht kennt. Daher besteht auch für den türkischen Ehegatten die Möglichkeit, die Ehe zum Beispiel wegen Ehebruchs für nichtig erklären zu lassen, obwohl dieses Eheverbot dem türkischen Recht unbekannt ist. In den anderen Fällen gilt der Grundsatz, daß diejenige Seite anfechtungsberechtigt ist, deren Statut ihr das Recht gibt, die Ehe anzufechten.²¹⁾ Beachtlich sind also nur die Anfechtungsgründe, die die eigene Rechtsordnung gewährt. Handelt es sich zum Beispiel um eine Scheinehe, so könnte nur der deutsche Ehegatte anfechten.

b) Durch den Staatsanwalt

Gemäß Art. 113 I tZGB ist die Klage auf Nichtigklärung der Ehe vom Staatsanwalt von Amts wegen zu erheben. Problematisch ist zunächst, ob das Anfechtungsrecht des türkischen Staatsanwaltes auf den deutschen Staatsanwalt übergeht.

Ist die Klage von den Parteien schon erhoben, zum Beispiel nach Art. 113 II tZGB, so ergibt sich hinsichtlich des Mitwirkungsrechts des Staatsanwalts nach § 607 ZPO keine Schwierigkeit.²²⁾

Auch bei der Erhebung der Nichtigkeitsklage durch den Staatsanwalt nach dem maßgebenden deutschen Recht für Ehenichtigkeitsklagen zwischen deutschen und türkischen Staatsangehörigen sind keine Schwierigkeiten zu besorgen.

Sollte die Klage aus einem Nichtigkeitsgrund des türkischen Rechts als dem

20) Vgl. Dölle, Festschrift für Boehmer, S. 136.

21) Vgl. Frankenstein, IPR, Bd. III, S. 200.

22) Vgl. Beitzke, Der deutsche Staatsanwalt im Statusprozeß von Ausländern, ZAIP 23 (1958), 708 ff./711.

"ärgeren" Recht erhoben werden, und entspricht dieser Nichtigkeitsgrund des türkischen Rechts einem deutschen Aufhebungsgrund, der lediglich im Interesse der Beteiligten Parteien, nicht aber im öffentlichen Interesse, zur Beseitigung der Ehe führt, so hat der deutsche Staatsanwalt nur die Rechte aus § 607 und nicht die aus § 634 ZPO, da es sich nur um ein Verfahren handelt, das die gleiche Funktion hat wie das deutsche Eheaufhebungsverfahren, auch wenn der Antrag nach ausländischem Recht gestellt ist. Dieses Verfahren ist im Sinne des deutschen Prozeßrechts als Eheaufhebungsverfahren zu qualifizieren.

Ist aber das türkische Recht maßgebend, und soll der deutsche Staatsanwalt klagen, so taucht weiter die Frage auf, nach welchem Recht er das Klagerecht hat. Nach herrschender Meinung ist das Klagerecht des Staatsanwalts aus dem materiell maßgebenden Recht abzuleiten,²³⁾ also hier aus dem türkischen Recht. Der deutsche Staatsanwalt, der nur das deutsche Interesse zu wahren hat, wird allerdings nur dann Klage erheben, wenn der türkische Nichtigkeitsgrund einem deutschen entspricht und außerdem die Nichtigkeit der Ehe im deutschen öffentlichen Interesse liegt,²⁴⁾ wo also anzunehmen ist, daß das deutsche Interesse berührt wird.

Art. 113 I tZGB sieht für den Staatsanwalt nicht nur ein Recht auf die Erhebung der Nichtigkeitsklage vor, sondern verpflichtet ihn dazu, hat also einen stark öffentlichen Charakter. Er kann daher in Deutschland keine Anwendung finden. Etwas Gegenteiliges ergibt sich auch nicht daraus, daß diese Pflicht durch die deutsche Kollisionsnorm (Art. 13 Abs. I EGBGB), die das türkische Recht für maßgebend erklärt, geschaffen wird.

Nach Auflösung der Ehe ist im türkischen Recht das Klagerecht des Staatsanwaltes ausgeschlossen (Art. 114 Abs. I S. 1 tZGB), während im deutschen Recht umgekehrt dieses aber kein Klagerecht Privater mehr in Frage kommt. Nach Art. 114 I S. 1 kann jedermann, der ein Interesse daran hat, auch nach Auflösung der Ehe die Nichtigkeitsklärung verlangen. Das deutsche Recht gibt die Klagebefugnis allein dem Staatsanwalt,²⁵⁾ da in diesem Falle nach

23) Vgl. Beitzke, ZAIP 23 (1958), 713; Dölle, Festschrift für Boehmer, S. 136; Soergel-Kegel, Art. 13 RdNr. 78; im Grundsatz Frankenstein, IPR, III, S. 200; KG JW 1938, 1242; a.A.: Gamillscheg, ZAIP 21 (1956), 259; unmittelbar aus § 632 ZPO; KG IPRspr. 1934, Nr. 141; LG München, IPRspr. 1952/53, Nr. 109.

24) Vgl. Jayme, Die Anwendung italienischen Familienrechts, Diss. München 1961, S. 44 Fußn. 60, läßt dies nur in krassen Fällen zu.

25) Vgl. Palandt-Lauterbach, § 24 EheG, Anm. 3.

dem deutschen Recht keine berechtigten Interessen eines Ehegatten auf dem Spiele stehen können, die nicht gleichzeitig auch öffentlich-rechtlich sind. Hier kann eine bisher, soweit ersichtlich, übersehene Lücke entstehen, wenn nach Auflösung der Ehe durch Tod das maßgebende türkische Recht dem Staatsanwalt ein Klagerecht abspricht, während in Deutschland nur noch der Staatsanwalt überhaupt klagen kann. Sollen hier stets nur die Beteiligten klagen können, oder daneben auch der deutsche Staatsanwalt, wenn dafür in Deutschland ein öffentlich-rechtliches Bedürfnis gegeben ist?

Hier muß der deutsche Staatsanwalt zur Nichtigkeitsklage befugt sein, da er vor allem das inländische öffentliche Interesse zu wahren hat. In der Regel bestimmt zwar das maßgebende materielle Recht, wer klageberechtigt ist, hier greift jedoch zusätzlich das öffentliche deutsche Recht ein, da die inländischen öffentlichen Interessen durch die Anwendung des maßgebenden ausländischen Gesetzes nicht genügend gewahrt sind.

Vierter Teil: WIRKUNGEN DER EHE

A. Persönliche Ehwirkungen

I. Maßgebendes Recht

An dem Haager Ehwirkungsabkommen vom 17. 7. 1905¹⁾ hat die Türkei nicht teilgenommen.²⁾ Die Bestimmungen des EGBGB (hier Art. 14) sind daher maßgebend. Für die Qualifikation ist dabei die lex fori maßgebend.³⁾

Das türkische materielle Recht hat der deutsche Richter demnach nur anzuwenden:

1. wenn beide Ehegatten die türkische Staatsangehörigkeit besitzen (Art. 14 I EGBGB),
2. bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten wenn der Ehemann

1) RGBl 1912, 453, 475.

2) Ob das Abkommen auch anzuwenden ist, wenn nur ein Ehegatte Angehöriger eines Vertragsstaates ist, kann fraglich sein, vgl. Palandt-Lauterbach, Anhang zu Art. 15 Anm. 2; RG JW 36, 2470.

3) Ist ein Rechtsinstitut dem deutschen Recht unbekannt, so erfolgt die Qualifikation nach der lex causae.

türkischer Staatsangehöriger ist (freilich abgesehen von dem in Art. 14 II EGBGB geregelten Fall).⁴⁾

II. Die Wirkungen der Eheschließung auf die Staatsangehörigkeit der Ehefrau

1. der türkischen Frau

Nach dem alten türkischen Staatsangehörigkeitsgesetz⁵⁾ war die Staatsangehörigkeit der türkischen Frau unabhängig von der ihres Ehemannes. Sie behielt ihre türkische bei, auch wenn sie automatisch oder willkürlich die Staatsangehörigkeit ihres ausländischen Ehemannes erworben hatte. Durch das neue Staatsangehörigkeitsgesetz⁶⁾ (= das neue tStAG) hat der türkische Gesetzgeber versucht, Doppel- oder überhaupt Mehrstaatsangehörigkeit zu verhindern. Nach Art. 19, welcher die Heirat als einen Staatsangehörigkeitsverlustgrund ansieht, verliert eine Türkin, die einen Ausländer heiratet, ihre türkische Staatsangehörigkeit, wenn das Heimatrecht ihres Ehemannes ihre Einbürgerung in seine Staatsangehörigkeit durch die Heirat vorsieht, und die Frau in der in Art. 42⁷⁾

4) Streitig im deutschen Recht: vgl. Soergel-Kegel, Art. 14 RdNr. 4 ff.; Dölle, Intern. FamR. Dtl.u.Fr., S. 64 ff.; ders., Die persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen Ehegatten im deutschen IPR, ZAIP 16 (1951), 360-386. Daß hier Mannesrecht gilt, sagt zwar Art. 14 nicht ausdrücklich, das ist aber anzunehmen (Raape, IPR, S. 324, Fußn. 107a; Staudinger-Raape, S. 275). Dem Grundsatz der Gleichberechtigung widerspricht dies nicht (Raape, IPR, S. 43; a.A.: Makarov, Die Gleichberechtigung der Frau und das IPR, ZAIP 17 (1952), 382 ff.; zurückhaltend Dölle, Die Gleichberechtigung der Geschlechter im IPR, ZAIP 18 (1953), 119 ff.; ders., Intern. FamR. Dtl.u.Fr., S. 61 ff.; BGH NJW 1954, 837). Eine Ausnahme macht Art. 14 II EGBGB für deutsche Eheleute, wenn der Mann eine ausländische Staatsangehörigkeit erwirbt. Ehwirkungsstatut bleibt hier das deutsche Recht.

5) Türk Vatandaslik Kanunu, Art. 13 II (Kanun Nr. 1312 v. 18.5.1928), außer Kraft gesetzt durch Art. 46 des Gesetzes vom 11.2.1964 Nr. 403.

6) In Kraft getreten am 11.5.1964 Ges. Nr. 403.

7) Art. 42 des neuen tStAG sieht für die Bewilligung hinsichtlich des Erwerbs und des Verlustes der türkischen Staatsangehörigkeit eine mündliche Form vor, wenn die Eheschließung vor den türkischen Behörden stattfindet. Hier soll die Frau mündlich dem Standesbeamten ihren Willen äußern; und auch.

geregelten Form erklärt, daß sie die Staatsangehörigkeit ihres Mannes gewählt hat (Art. 19 I). Erwirbt aber die Frau die Staatsangehörigkeit ihres Mannes durch Erfüllung bestimmter Voraussetzungen, so verliert sie ihre türkische Staatsangehörigkeit erst von dieser Zeit an.⁸⁾

Durch die Eheschließung mit einem deutschen Mann erwirbt die Türkin nach deutschem Recht nicht automatisch die deutsche Staatsangehörigkeit, kann aber durch eine bei der Eheschließung vor einem deutschen Standesbeamten abgegebene Optionserklärung Deutsche werden oder mangels einer solchen Erklärung später, noch bis zu einem Jahr nach dem Tod des Mannes oder nach schuldloser Scheidung, die Einbürgerung beantragen.⁹⁾

2. der deutschen Frau

Eine deutsche Frau verliert heute ihre deutsche Staatsangehörigkeit nicht, wenn sie einen Türken heiratet.¹⁰⁾ Sie wird aber auch nicht automatisch Türkin, wie es früher im Art. 13 des alten tStAG geregelt war. Nach dem Art. 5 des neuen tStAG kann sie die türkische Staatsangehörigkeit erst dann erwerben, wenn sie in der dort in Art. 42 geregelten Form¹¹⁾ ihren Willen dafür geäußert hat.¹²⁾

... eine schriftliche Form, wenn die Eheschließung vor den ausländischen Behörden vollzogen wird. Hier soll die schriftliche Bewilligung in einem Monat nach der Eheschließung bei den für die Eintragung zuständigen Behörden (hier Auslandsvertretungen der Türkei) beantragt sein.

8) Obwohl es nicht ausdrücklich geregelt ist, ergibt sich aus dem Sinn des Gesetzes, daß die Türkin, die diesen Willen nicht geäußert hat, ihre türkische Staatsangehörigkeit behält.

9) BGes. v. 19.8.1957 (BGBl I, 1251); vgl. Beitzke, a.a.O., S. 45.

10) Vor dem 1.4.1953, an dem Art. 3 II GG uneingeschränkt in Kraft trat (Art. 117 GG), verlor die deutsche Frau, die einen Türken heiratete, die deutsche Staatsangehörigkeit, da sie durch die Heirat Türkin wurde (§§ 17 Nr. 6 a.F. RuStAG; Art. 13 altes tStAG).

11) Siehe oben Fußn. 7.

12) Automatischer Erwerb tritt ein bei staatenlosen Frauen oder bei denen, die nach ihrem Heimatsrecht durch Heirat mit einem Ausländer ihre eigene Staatsangehörigkeit verlieren (Art. 5 S. 2 neues tStAG). Bei der Ungültigkeit der Ehe behält die gutgläubige ausländische Ehefrau die durch ihre ungültig erklärte Ehe erworbene türkische Staatsangehörigkeit (Art. 5 II). Die Kinder behalten sie ohne Rücksicht auf die Bö- und Gutgläubigkeit der Eltern (Art. 5 III neues tStAG).

III. Die Spannungen, die bei der Anwendung des materiellen türkischen Rechts durch den deutschen Richter auftauchen

1. Anwendung der Vorschriften über das Eingriffs- und Entscheidungsrecht des Ehemannes

Infolge der Anerkennung des Ehemannes als Familienoberhaupt durch Art. 152 I ZGB lehnt das türkische Recht die völlige Gleichstellung von Mann und Frau in der Ehe ab. Unter anderem spricht es ihm das Entscheidungsrecht bei Meinungsverschiedenheiten zu (Art. 263 S. 2 I ZGB). Diese Befugnis des Ehemannes, die in § 1354 a. F. BGB geregelt war, wurde in Deutschland durch Art. 1 Nr. 5 des GlBerG aufgehoben.¹³⁾ Fraglich ist, ob die Bestimmungen des türkischen Rechts über das Entscheidungsrecht des Ehemannes, zum Beispiel das Bestimmungsrecht des Wohnortes nach Art. 152 II I ZGB¹⁴⁾ und die entsprechende Folgepflicht der Frau, das Stichentscheidungsrecht bei den allgemeinen Familienangelegenheiten, wenn keine Einigung unter den Ehegatten vorliegt etc., auch in Deutschland von dem deutschen Richter anzuwenden sind, wenn nach Art. 14 I EGBGB das türkische Recht maßgebend ist.

Die Antwort auf diese Frage richtet sich danach, ob die Anwendung dieser Grundsätze des türkischen Rechts gegen den deutschen *ordre public* verstößt.¹⁵⁾

Eine ganz andere Frage ist, ob und inwieweit die deutschen Verfassungsbestimmungen der Anwendung des türkischen Rechts, soweit es mit der Gleichberechtigung nicht vereinbar ist, entgegenstehen. Nach der herrschenden Meinung^{15a)} sind die ausländischen materiellrechtlichen Vorschriften, die nach dem inter-

13) Vgl. Schuster bei Dölle, Familienrecht, S. 411.

14) Vgl. Schwarz, a. a. O., S. 19 und 181; BGE 41 I 196; allerdings hat diese ihre Grenzen, sobald Gesundheit, guter Ruf oder das wirtschaftliche Auskommen eines der Ehegatten darunter Schaden leiden, vgl. BGE 41 II 3 u. 4; 41 II 370.

15) Ob das deutsche Vormundschaftsgericht bei diesen Meinungsverschiedenheiten zu entscheiden hat, wird weiter unten behandelt, siehe S. vgl. Palandt-Lauterbach, Art. 14 Anm. 4 b; Dölle, in Intern. FamR. Dtl. u. Fr., S. 75.

15a) Vgl. Ferid, Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen, Festschrift für Dölle, II, S. 143; Ferid, FamRZ 1963, 58; Beitzke, GG und Internationales Privatrecht, 1961, S. 34; Neuhaus, Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, S. 261; BGH v. 29.4.1964, JZ 1965, 99; a. M.: Wengler in Anm. zu BGH v. 29.4.1964.

nationalen Privatrecht anzuwenden sind, nicht etwa schlechthin auf ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Verfassungsrecht, sondern allein nach Art. 30 EGBGB zu prüfen.^{15b)} Um den unabdingbaren Geboten des deutschen Verfassungsrechts Geltung zu verschaffen, bietet Art. 30 EGBGB eine durchaus hinreichende Grundlage.^{15c)} Aber auch Art. 30 EGBGB darf nicht ohne weiteres dazu führen, eine nach der deutschen Kollisionsnorm zur Anwendung berufene Rechtsordnung deshalb auszuschließen, weil durch sie der Mann gegenüber der Frau bevorzugt wird.^{15d)}

Ein Verstoß gegen den deutschen *ordre public* wäre zweifellos anzunehmen, wenn das türkische Recht wie das alte schweizerische auch Zwangsbefugnisse¹⁶⁾

15b) Die herrschende Meinung geht davon aus, daß die Anwendung des ausländischen Rechts nicht die Rezeption dieser Rechtsnormen bedeutet, so daß es als rezipiertes Recht auch den Bestimmungen der inländischen Verfassung voll entsprechen mußte. Als das durch die deutsche Kollisionsnorm im Inland zur Anwendung kommende Auslandsrecht ist ihre Verfassungsmäßigkeit allein nach der eigenen Verfassung zu prüfen (vgl. Ferid, Festschrift für Dölle, II, S. 145 ff., der dort auch die bei einer derartigen Prüfung auftauchenden Fragen erörtert). Hier wird deutlich, "daß die Kollisionsnormen, wenn sie auch im Range unter dem Verfassungsrecht stehen, die räumliche und persönliche Reichweite des Verfassungsrechts abgrenzen" (Ferid, Festschrift für Dölle, II, 119/143; vgl. auch Ferid, FamRZ 1963, 58, 59; Neuhaus, Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, S. 31/32; a. M.: M. Wengler, JZ 1965, 101-103 in Anm. zu BGH v. 29.4.1964). Eine andere Frage ist dabei, ob und inwieweit die Kollisionsnormen verfassungsmäßig sind (siehe darüber eingehend Ferid, Festschrift für Dölle, II, S. 133 ff.).

15c) Vgl. BGH v. 29.4.1964; Neumayer, Zur positiven Funktion der kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel, Festschrift für Dölle, Bd. II, S. 203; Ferid, Festschrift für Dölle, II, S. 144.

15d) Vgl. Dölle, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, Festschrift für E. Kaufmann, S. 40;

16) Z. B. Erziehungsmaßregeln, eine polizeiliche Zurückführung der Frau hinsichtlich der Folgepflicht der vom Mann eingerichteten Ehewohnung (vgl. Ehrenzweig, § 434; Swoboda, Die philosophischen Grundlagen des österreichischen bürgerlichen Rechts und ihre Bedeutung für die Gegenwart, ZAIP 2, 333 ff./358), aber auch polizeilicher Zwang gegen den Mann zur Aufnahme der Frau oder seine Bestrafung (vgl. BGE 20, 740; Egger, Art. 160 RdNr. 6).

gegenüber der Frau vorsähe. Dies ist aber nicht der Fall. Das tZGB kennt nur die privatrechtlichen Sanktionen nach Art. 161, 162 und 132 tZGB. Außer der Bestimmung des Art. 161, die eine autoritative gerichtliche Entscheidungsmöglichkeit vorsieht, haben die weiteren Sanktionen gewisse Ähnlichkeiten mit den entsprechenden deutschen Bestimmungen (vgl. §§ 1353, 1361 BGB).

Hinsichtlich der Folgepflicht der Frau, die in Art. 152 I ausdrücklich geregelt ist, ist sogar allgemein anzunehmen, daß das Recht des Mannes, das auf seiner primären Unterhaltspflicht beruht, weichen muß, wenn die Frau den Unterhalt der Familie bestreitet und infolgedessen auch Aufenthalt und Wohnung bestimmen können muß.¹⁷⁾ Daraus erwächst dann eine Folgepflicht des Mannes.¹⁸⁾ Als solches verstößt daher das Wohnortsbestimmungsrecht des Ehemannes nach Art. 152 tZGB nicht gegen den deutschen *ordre public*, wenn es nach den deutschen Kollisionsnormen vom deutschen Richter anzuwenden ist.¹⁹⁾ Ob nun vom deutschen Richter bei Anwendung dieser Bestimmungen des tZGB über das Wohnsitzbestimmungsrecht des Ehemannes (Art. 152 tZGB) nach Art. 161 tZGB eine Entscheidung getroffen werden kann, wenn die Ehegatten über die Ausgestaltung des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens sich nicht einigen können, ist fraglich. Diese Frage wird weiter unten im Zusammenhang mit anderen ähnlichen Fällen behandelt.²⁰⁾

2. Name der Ehefrau

Die Frau erwirbt nach Art. 153 tZGB den Familiennamen des Ehemannes. Abgesehen von den Künstlernamen, ist es dem türkischen Recht fremd,²¹⁾ daß

17) Vgl. Egger, Art. 160 RdNr. 6.

18) Vgl. Bächtiger, F., Die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe, S. 37.

19) So auch BayObLG 1954, 235; Dölle, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, in Festschrift für E. Kaufmann, Stuttgart - Köln 1950, S. 19 ff./40; ders. in Intern. FamR. Dtl. u. Fr., S. 75; Ausschließung der Anwendung des ausländischen Rechts durch Vorbehaltsklausel, wenn es gilt, die inländische Ehefrau vor Eingriffen des Ehemannes zu schützen, die mit der heimischen Auffassung von der Würde und Rechtsstellung der Frau als unverträglich erscheinen. Ebenso: Makarov, Gleichberechtigung der Frau im IPR, ZAIP 17 (1952), 393; Braga, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau und das deutsche IPR, MDR 1952, 268; unentschieden Palandt-Lauterbach, Art. 30, Anm. 5, Art. 14 Anm. 4 b.

20) Siehe unten S. 45 f.; vgl. auch Beitzke, a. a. O., S. 45.

21) Vgl. Götz, Familienname der schweizerischen Ehefrau, StAZ 1957, 166 und 349.

man den Namen des Ehemannes demjenigen der Frau beifügen und so einen ehelichen Doppelnamen²²⁾ bilden kann.²³⁾ Es ist nach dem Ehwirkungstatut zu entscheiden, ob die Frau den Namen des Ehemannes erwirbt²⁴⁾ und ob sie dem Mann gegenüber verpflichtet ist, seinen Familiennamen zu führen.²⁵⁾ Bei der Maßgeblichkeit des türkischen Rechts²⁶⁾ kann also die deutsche Frau ihren Mädchennamen dem Namen des türkischen Ehemannes nicht hinzufügen, obwohl sie ihre deutsche Staatsangehörigkeit behält.²⁷⁾ Aus dem deutschen ordre public bestehen dagegen keine Bedenken.²⁸⁾

3. Unterhaltsanspruch²⁹⁾

Ob der Unterhaltsanspruch aus den persönlichen Ehwirkungen oder aus dem ehelichen Güterrecht abzuleiten ist, muß nach der lex fori qualifiziert werden.³⁰⁾

22) Vgl. Egger, Art. 161 RdNr. 2.

23) Auch das schweizerische Recht kennt diese Möglichkeit nur gewohnheitsrechtlich. Die Bestimmung der ZivilstandsO. v. 1.6.1953 Art. 166 I ist eine Kannvorschrift (vgl. auch Lemp, Berner Komm. Art. 161 RdNr. 1). Die schweizerische Übung des Koalitionsnamens spielt sich außerhalb des Rechtsraumes ab. Vgl. auch Götz, StAZ 1957, 166.

24) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 14 RdNr. 25; Staudinger-Raape, Art. 14 Anm. B II 2 k; Dölle, in: Intern. FamR. Dtl. u. Fr., S. 75; a.A.: Frankenstein, IPR, I, S. 396; II, S. 230 und ders. JW 57 (1928), 905 (für Personalstatut).

25) Vgl. Dölle, in: Intern. FamR. Dtl. u. Fr., S. 76; vgl. auch die in Fußn. 24 angegebene Literatur.

26) Das türkische Recht kommt hier nach Art. 14 EGBGB zur Anwendung (Raape, IPR, S. 326; Ficker, Der Name der geschiedenen Ehefrau im deutschen IPR, ZAIP 16 (1951), 32).

27) Vgl. Dölle, ZAIP 16 (1951), 373/74.

28) Siehe auch S. 42/43.

29) Vgl. Schuster bei Dölle, Familienrecht, S. 428.

30) Ist das Institut des ausländischen Rechts aber dem deutschen Recht unbekannt, so erfolgt die Qualifikation nach dem maßgebenden ausländischen Recht, vgl. Palandt, Art. 7 EG, Anm. 9; Art. 14 EG, Anm. 4 g und h; RG 163, 367; RG DR 40, 1375; Dölle, ZAIP 16, 368 ff.

a) Unterhaltspflicht

Die Unterhaltspflicht gehört sowohl im deutschen³¹⁾ als auch im türkischen Recht³²⁾ zu den persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander. Die Anwendung der Bestimmung des türkischen Rechts über Unterhaltspflicht des Mannes (Art. 152 II tZGB), nach denen nur die Unterhaltspflicht des Mannes und die Beistandspflicht der Frau (Art. 153 II S. 1 tZGB)³³⁾ vorgesehen sind, bereitet keine besonderen Schwierigkeiten.³⁴⁾

Beim gesetzlichen Güterstand (Gütertrennung) kann der Mann von der Frau verlangen, daß sie auch einen Teil der Haushaltskosten trägt (Art. 150 I S. 1 tZGB). Feststellung des Anteils durch das Gericht ist möglich (Art. 190 I S. 2 tZGB). Die Unterhaltspflicht der Frau gegenüber dem Ehemann ergibt sich aus ihrer Pflicht, zum Wohl der Familiengemeinschaft beizutragen (Art. 151 II tZGB). Sie ist durch Art. 151 tZGB - der allgemeinen Regelung der Pflichten der Ehegatten zueinander und zum Wohl der Familiengemeinschaft - gegenüber dem Mann verpflichtet; denn die Familiengemeinschaft umfaßt auch die wirtschaftliche Seite.³⁵⁾ Daher ist die Vorschrift auch in Deutschland vom deutschen Richter ohne weiteres anzuwenden.³⁶⁾

31) Vgl. Dölle, ZAIP 16, 380; Palandt, Art. 14 EG, Anm. 4 e; Kegel bei Soergel, Art. 14 EG, RdNr. 18 und die auf S. 757 Nr. 8 gegebenen Literaturangaben; Dölle, a. a. O., S. 83.

32) Vgl. Berki, S. 386; Saymen, S. 126; Schwarz, S. 183.

33) Vgl. Egger, Art. 160, RdNr. 8-9.

34) Anwendung des türkischen Rechts als Ehewirkungsstatut: Dölle, a. a. O., S. 83; Lewald 91; Nußbaum, S. 147; Kegel, IPR, 280; RG 15.2.1906 u. 10.1.1918; OLG Köln, FamRZ 56, 235; BayObLGZ 60, 370, vgl. auch FamRZ 60, 371 mit Anm. Schwoerer.

35) Vgl. Saymen, a. a. O., S. 124.

36) Das Gesetz spricht hier von der Unterhaltspflicht des Ehemannes gegenüber seiner Frau und seinen Kindern (Art. 152 II tZGB). Diese geht der Unterstützungspflicht unter Verwandten vor, die in Art. 315-317 tZGB geregelt ist. Nach dem türkischen Recht ist der Mann auch dann zum Unterhalt verpflichtet, wenn dadurch sein eigener, angemessener Unterhalt gefährdet wird. Eine ähnliche Vorschrift wie den § 1608 BGB kennt das tZGB nicht (vgl. auch Schuster bei Dölle, Familienrecht, S. 432). Von einem unterhaltspflichtigen Verwandten kann ein Ehegatte dagegen keinen Unterhalt verlangen, wenn dadurch dessen eigener angemessener Unterhalt gefährdet wird.

b) Unterhaltspflicht im Rahmen der einstweiligen Anordnungen

Auch die einstweiligen Anordnungen, welche in Art. 137 tZGB - unter vorsorglichen Maßregeln - vorgesehen sind, richten sich nach dem gemäß Art. 14 I EGBGB maßgebenden Recht.³⁷⁾ Problematisch ist hierbei besonders die Anwendung des Art. 162 II tZGB.³⁸⁾ Nach dieser Vorschrift hat jeder Ehegatte schlechthin ein Recht auf Getrenntleben. Der Richter hat der klagenden Ehefrau sogar dann eine Geldalimentierung für die Prozeßdauer zuzusprechen, wenn ihr Scheidungsbegehren ersichtlich abwegig ist, während er bei deutschen Parteien unter Zweckmäßigkeitspunkten nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden hat, die Anordnung also nur erlassen wird, wenn er sie für notwendig erachtet.³⁹⁾ Das deutsche Recht sieht hier das pflichtgemäße Ermessen des Richters vor.⁴⁰⁾ Soweit entspricht die deutsche Bestimmung der türkischen.

Die Vorschrift des Art. 137 in Verbindung mit Art. 162 II tZGB sieht dagegen hier für den Richter eine Tätigkeit von Amts wegen vor,⁴¹⁾ während das deutsche Recht das Erfordernis eines Antrages eines der Ehegatten, sei es des Klägers oder des Beklagten,⁴²⁾ vorschreibt.⁴³⁾ Soweit die Vorschrift des

37) Dazu KG JW 1936, 2577; KG DR 1941, 1855; die Anwendung des deutschen Rechts ist nur auf Notfälle beschränkt, in denen das ausländische seinem Inhalt nach nicht sofort feststellbar ist. Vgl. auch OLG München MDR 1953, 490; SJSchP, 18. Aufl., § 627, Bem. VIII; für die Anwendung des § 627 ZPO ist ohne Bedeutung, daß die Ehegatten Ausländer sind, sofern nur das Gericht nach § 606 zuständig ist. Vgl. auch Fußn. 29a.

38) Vgl. KG JW 1936, 2577 mit Anm. von Jonas.

39) Vgl. SJSchP, § 627 Bem. II 5a und b; die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit, ob der Antragsteller im Eheprozeß siegen werde, spielt bei der Entscheidung regelmäßig keine Rolle, wenngleich die Begründung der Klage und die Lage des Eheprozesses für die Beurteilung der Angemessenheit wesentlich ins Gewicht fällt.

40) Vgl. Schuster bei Dölle, Familienrecht, S. 438, Fußn. 63.

41) "Art. 145 ZGB ist ein Fall jener offenkundigen, gewollten und vorgehaltenen Lücken intra legem" (Egger, Einleitung und Personenrecht, Art. 4 RdNr. 1). "Er verweist allerdings nicht auf Art. 4 ZGB; aber es handelt sich wohl hier um einen der Fälle, wo das Ermessen im Sinne von Art. 4 eingeräumt ist, ohne daß exprecis verbis darauf verwiesen ist" (Diener, E., Das Ermessen (Art. 4 ZGB, S. 90, 91). Es handelt sich hier um Ermessen im Tatbestand und um Ermessen in der Bestimmung der Rechtsfolgen (Diener, S. 64, 63). Vgl. auch Etter, a. a. O., S. 32-37).

Art. 137 tZGB den Richter anweist, von Amts wegen zu entscheiden, ist sie prozeßrechtlicher Natur und daher vom deutschen Richter auch dann nicht anzuwenden, wenn das türkische Recht maßgebend ist.

Art. 162 tZGB hat der deutsche Richter dagegen anzuwenden, wenn die Beteiligten es beantragt haben.⁴⁴⁾

c) Prozeßkostenvorschuß

Das Institut "Prozeßkostenvorschuß"⁴⁵⁾ ist dem türkischen Recht auch nicht nur dem Namen nach bekannt. Das türkische Recht behandelt diese Frage höchstens unter den vorsorglichen Maßnahmen. Hier hat der Richter mit der Erhebung der Scheidungsklage die notwendigen Maßnahmen und unter anderem die Unterhaltsfragen zu regeln.⁴⁶⁾

42) Vgl. RG v. 2.3.1908 JW 1908, 279.

43) StSchP, § 627 ZPO, Anm. II 3.

44) Siehe über den Anfang und die Dauer des Scheidungsprozesses: Etter, a. a. O., S. 22 ff. und Bachmann, Prozeßrechtliche Fragen, in: ZSR n. F. 20, 568 ff.; Saymen, a. a. O., S. 267, Fußn. 148. Für den Beginn der möglichen Maßnahmen ist erforderlich, daß die Klage angebracht ist. Aus dem Rechtsschutzzweck ergibt sich, daß die Klage schon mit derjenigen prozeßeinleitenden oder -vorbereitenden Handlung des Klägers als angebracht betrachtet werden muß, mit der er zum erstenmal in bestimmter Form für den von ihm geltend gemachten Anspruch den Schutz des Richters anruft (BGE 42 II 332). Das geschieht schon mit der Einreichung der Scheidungsklage beim Friedensrichter und nicht erst mit der Anhängigmachung vor dem Bezirksgericht. Noch früher dagegen können richterliche Anordnungen nur nach Art. 161 tZGB ff. verlangt werden (Egger, Art. 145 RdNr. 3).

45) Hierunter sind nicht nur die gerichtlichen Kosten zu verstehen, sondern ganz allgemein die Kosten, die aus der Prozeßführung entstehen, wozu insbesondere auch die Anwaltskosten gehören. Vgl. Etter, a. a. O., S. 68; Lemp, Berner Komm. Art. 160 RdNr. 22: "Zum Unterhalt gehört alles, ..., nicht aber der Aufwand der Durchführung eines Prozesses."

46) Vgl. Saymen, a. a. O., S. 268. Im allgemeinen versteht man unter Prozeßkostenvorschuß eine Vorausleistung der Prozeßkosten für diejenigen Verhandlungen, die im Interesse einer Partei vorgenommen werden. In unserer Arbeit aber nur eine Art von Prozessen, nämlich für die Ehestreitigkeiten, d. h., Rechtsstreitigkeiten zwischen beiden Ehegatten während der Dauer einer gültigen Ehe (etwa Art. 137 ff., 146 ff. und 145 ZGB = 129 ff., 138 ff. und 137 tZGB).

Dem schweizerischen Recht ist die Pflicht zur Leistung eines Prozeßkostenvorschusses bekannt, aber es besteht Streit darüber, woraus sie abzuleiten ist. Diese Pflicht wird vielfach aus Art. 145 ZGB abgeleitet.⁴⁷⁾ Eine andere Auffassung sieht ihren Grund und ihre Schranken im ehelichen Güterrecht.⁴⁸⁾ Von der h. M. wird sie als Ausfluß der Unterhaltspflicht des Ehemannes angesehen (Art. 160 II ZGB).⁴⁹⁾ Das Bundesgericht⁵⁰⁾ und einige kantonale Gerichte⁵¹⁾ stützen sie sowohl auf Art. 152 II als auch auf Art. 151 III tZGB.⁵²⁾ Hat nun der türkische Richter das deutsche Recht anzuwenden, und wird von einer Partei Prozeßkostenvorschuß beansprucht, so ist es problematisch, ob er über den Prozeßkostenvorschuß überhaupt eine Entscheidung treffen kann.

Nach Art. 137 I tZGB hat er nicht einen Antrag abzuwarten, um Maßnahmen zu treffen, da dieser Artikel eine prozessuale Vorschrift ist. Wird aber in einem solchen Fall nach § 1360 a IV BGB Prozeßkostenvorschuß verlangt, so wird er feststellen, daß es sich hier um eine materielle Bestimmung des BGB handelt, und daß das Institut Prozeßkostenvorschuß dem türkischen Recht nicht wesensfremd ist. Heute ist dieses Institut, wie vorhin dargestellt, in der Schweiz grundsätzlich anerkannt; nur ist umstritten, wovon man es ableiten soll. Obwohl dieses Institut bis jetzt in der Türkei noch nicht eingeführt ist, kann angenommen werden, daß es auch dem türkischen Recht zumindest nicht wesensfremd ist, und auch von einem türkischen Richter ausgesprochen werden kann. Denn sowohl der Art. 145 als auch Art. 159 III und 160 II ZGB sind ins türkische wört-

47) Vgl. ZBJV 67, 71 = SchJZ 28, 67; 30, 106 Nr. 17.

48) Vgl. SchJZ 29, 153 Nr. 26; 30, 219 Nr. 43.

49) Vgl. Egger, Art. 145 Nr. 17 und Art. 160 RdNr. 11.

50) Vgl. BGE 66 II 71; 67 I 69; 72 I 149.

51) Vgl. Basel-Stadt, Entscheidungen AppGer 9, 213 Nr. 109.

52) Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 159 RdNr. 23; Stauffer, Der Ehescheidungsgerichtsstand, S. 61; ablehnend Kraft, SchJZ 30, 110.

Eine ähnliche Ansicht wird auch im deutschen Recht vertreten. Aus der allgemeinen Fürsorge- und Beistandspflicht leiten ab: OLG Frankfurt a. M. FamRZ 1959, 62; Krüger - Breetzke - Nowak, § 1360 a BGB Anm. 1. Sollte sich aber die Prozeßkostenvorschußpflicht aus Art. 151 III und nicht aus Art. 152 II tZGB herleiten, so führt das dazu, daß Prozeßkostenvorschuß nur während der Ehe verlangt werden kann, während es im Falle der Ableitung aus der Unterhaltspflicht (Art. 152 II tZGB) auch unter geschiedenen Ehegatten möglich ist. Vgl. LG Duisburg v. 3.11.1959 FamRZ 1960, 68; für das schweiz. Recht, Lemp, Berner Komm. Art. 159 RdNr. 6.

lich übersetzt und als Art. 137, 151 III und 152 II tZGB übernommen worden. Alle Gründe, die in der Schweiz zur Anerkennung eines Anspruchs auf Prozeßkosten führen,⁵³⁾ gelten auch für türkische Verhältnisse, da die schweizerischen Bundesgerichtsentscheidungen und die schweizerische Doktrin immer noch zu den Quellen des türkischen Rechts zählen und sogar durch Art. 1 tZGB dem türkischen Richter die Möglichkeit gegeben ist, auch ausländische und insbesondere schweizerische Gerichtsentscheidungen und Literaturaufassungen zu berücksichtigen.⁵⁴⁾ Es wäre daher zu begrüßen, wenn sich ein Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß auch im türkischen Recht durchsetzte. Die Ableitung aus Art. 151 III tZGB wäre außerdem im türkischen Recht noch gerechtfertigter, da erstens die türkische Übersetzung des Art. 160 II ZGB (= 152 II tZGB) von der Verpflegung = *iaşe*, Art. 151 III tZGB dagegen vom gegenseitigen Beistand der Ehegatten spricht und ferner durch Art. 151 III tZGB nicht nur der Mann, sondern auch die leistungsfähige Frau dem anderen Bedürftigen die Mittel zur Prozeßführung zur Verfügung zu stellen hat. Somit steht nichts im Wege, daß der türkische Richter nach § 1360 a IV BGB Prozeßkostenvorschuß zuerkennt.

Im deutschen Recht ist inzwischen der Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß ehepersonenrechtlich geregelt (§ 1360 a IV BGB),⁵⁵⁾ obwohl er vorher ehегüterrechtlich geregelt war.⁵⁶⁾

53) Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 159 RdNr. 23-34; Etter, a.a.O., S. 68.

54) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 268; Dort nimmt z.B. Saymen auch für das türk. Recht diese Frage als umstritten an; zur Lösung verweist er auf Egger (Komm. Art. 145 RdNr. 17).

55) Die materiellrechtliche Qualifikation der Kostenvorschußpflicht kann zu keinem Konflikt mehr führen, da jetzt auch das deutsche Recht in § 1360 a IV BGB n.F. den Prozeßkostenvorschuß nicht mehr als Angelegenheit des Güterrechts, sondern als Teil der Unterhaltungspflicht behandelt. Schworer, FamRZ 1959, 449, "möchte allerdings für die einstweilige Anordnung gemäß § 627 ZPO - anders als OLG Düsseldorf - nicht darauf abstellen, ob das fragliche Auslandsrecht die Prozeßkostenvorschußpflicht kennt (vgl. FamRZ 1961, 381); Erman-Finke, GIBerG § 1360a BGB, Anm. 4. Vgl. aber Breetzke, in Krüger - Breetzke - Nowak, GIBerG § 1360a Anm. 10; Die Vorschußpflicht hänge mit der Unterhaltungspflicht nur lose zusammen und somit falle der Prozeßkostenvorschuß unter Art. 14 EGBGB, soweit er sich auf die Ehe als solche und nicht etwa auf den Güterstand gründet (so Raape, IPR, S. 111 und 325; Kegel, IPR, S. 94 und 104; OLG Düsseldorf, FamRZ 1961, 380).

56) Vgl. Schuster bei Dölle, Familienrecht, S. 443 und die dort in Fußn. 95 angegebene Literatur.

Auch im türkischen Recht ist die Prozeßkostenvorschußpflicht ehepersonenrechtlich zu qualifizieren, da sie aus Art. 151 III tZGB abzuleiten ist. Somit ergeben sich kollisionsrechtlich keine besonderen Schwierigkeiten. Es ist jedoch fraglich, ob nun bei Maßgeblichkeit des türkischen Rechts in Deutschland ein Prozeßkostenvorschuß beantragt werden kann.⁵⁷⁾ Wie dargestellt, kann hier der deutsche Richter einen Prozeßkostenvorschuß anordnen, da er wie der türkische Richter zuerst von Art. 151 Abs. III tZGB und von der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung ausgehen kann, die immer noch eine Quelle für das türkische Recht bilden.⁵⁸⁾ Vor allem kann dem deutschen Richter auch § 627 ZPO die Auferlegung eines Prozeßkostenvorschusses ohne Zurückgreifen auf das materielle Recht ermöglichen.⁵⁹⁾ Hier braucht der deutsche Richter nicht zu prüfen, ob der Antragsteller diesen Prozeßkostenvorschuß nach dem türkischen Recht verlangen könnte oder nicht.

4. Verbotene Rechtsgeschäfte der Ehefrau nach Art. 169 Abs. III tZGB⁶⁰⁾

Nach der Bestimmung des Art. 169 III tZGB ist die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts erforderlich für die Verpflichtungen,⁶¹⁾ die die Ehefrau Dritten gegenüber zugunsten⁶²⁾ des Mannes eingeht, sei es, daß sie sich verbürgt, ein

57) Ein türkischer Richter würde heute noch nicht auf Prozeßkostenvorschuß erkennen, da er bis jetzt in der Praxis nicht vorgekommen ist.

58) Hier ist aber ausschlaggebend, daß die Art. 158 III, 160 Abs. II und 145 ZGB wörtlich ins Türkische übersetzt und so übernommen worden sind. Die bloße Tatsache, daß die Türkei das schweizerische ZGB übernommen hat und somit auch heute die schweizerische Literatur und Rechtsprechung für die Türkei immer noch eine Rechtsquelle bilden, genügt nicht. Vgl. Knittel, a. a. O., S. 49 ff.

59) Vgl. Schwoerer, Kann das deutsche Gericht im Scheidungsstreit österreichischer Parteien einen Prozeßkostenvorschuß auferlegen?, FamRZ 1959, 449 ff.; Riezler, IZPR, S. 252.

60) Vgl. auch rechtsvergleichend Wolff, K., bei Dölle, Familienrecht, S. 369.

61) Gemeint ist einfach eine im Interesse des Mannes liegende, eine ihm zugute kommende Verpflichtung, vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 177, RdNr. 24.

62) Auch die von den Parteien gewollte äußere Gestalt des Rechtsgeschäftes (Bürgschaft, Schuldübernahme, Kauf usw.) ist nicht schlechthin maßgebend, sondern auf seinen wirtschaftlichen Zweck und seine objektiven Auswirkungen kommt es an, die sich aus der Gesamtheit der Umstände ergeben (vgl. Egger, Art. 177 RdNr. 23; Lemp, Berner Komm. Art. 177 RdNr. 63; BGE 62 II 196 Nr. 47; SchJZ 34, 379 Nr. 72; a. A.: Rosel - Mentha 1, 307; Wolfer, Die Verpflichtungen der Ehefrau zugunsten des Ehemannes nach dem schweiz. ZGB, Zürcher Beiträge Heft 8, S. 38.

Pfand bestellt oder daß sie ein Darlehen annimmt, eine Schuld übernimmt etc.⁶³⁾ Diese Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau ist eine allgemeine Ehwirkung, da sie allein die Folge der Ehe ist und nur die Ehefrau betrifft, soweit dem Bestand der Ehe dient. Sonst (wenn sie jede Frau beträfe) wäre Art. 7 EGBGB maßgebend. Deshalb ist Art. 14 EGBGB, allerdings mit dem Vorbehalt des Art. 7 III S. 1 EGBGB anzuwenden.⁶⁴⁾ Es handelt sich außerdem um ein Geschäft, das zum Gebiet der persönlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander gehört, obwohl es mit einem Dritten abgeschlossen wird. Damit ist die erste Frage, ob die Verbürgung einer Türkin zugunsten ihres türkischen Ehemannes in Deutschland gültig ist, und die Nichterfüllung dieses Vertrages die Frau dem Mann gegenüber schadensersatzpflichtig macht, gemäß Art. 14 EGBGB nach dem türkischen Recht zu beurteilen.⁶⁵⁾ Nach dem türkischen Recht bedarf dieser Vertrag der Zustimmung⁶⁶⁾ des Vormundschaftsgerichts. Das Vormundschaftsgericht hat hier entsprechend dem Zwecke des Art. 169 III tZGB⁶⁷⁾ nur darauf zu ach-

-
- 63) Nur ein rechtliches, nicht auch ein bloß moralisches Interesse, das der Ehemann an der Verpflichtung hat, ist entscheidend dafür, ob diese zu seinen Gunsten eingegangen ist (BGE 51 II 28; Egger, Art. 177 RdNr. 2). Ein eigenes Interesse der Ehefrau an ihrer Verpflichtung schließt die Anwendung des Abs. III selbst dann aus, wenn die Verpflichtung daneben auch dem Ehemanne zugute kommt (Egger, Art. 177 RdNr. 24; SchJZ 24, 218 Nr. 197; BIZür 37 Nr. 128; a.M.: BGE 54 II 39). Auch zählt nur das unmittelbare Interesse (Lemp, Berner Komm. Art. 177 RdNr. 65).
- 64) Vgl. Raape, IPR, S. 328; Soergel - Kegel, Art. 14 RdNr. 34; Lewald, IPR, S. 95.
- 65) Zum Schutze des Inlandsverkehrs und der gutgläubigen Dritten, die nicht wußten oder wissen mußten, daß die Eheleute Ausländer sind, ist hier mit Raape (IPR, S. 328) der Vorbehalt des Art. 7 III angebracht. So auch Dölle, ZAIP 16 (1951), 384; Lewald, IPR, S. 95; Soergel - Kegel, Art. 14 RdNr. 34; Frankenstein, IPR, Bd. III, S. 234.
- 66) Diese Zustimmung kann jederzeit von der Ehefrau oder von dem Dritten eingebracht werden (Berner Komm. Art. 177 RdNr. 81; Egger, Art. 177 RdNr. 13; a.M.: Gmür, 2. Aufl., Art. 177 RdNr. 30; Curti, Art. 177 RdNr. 7).
- 67) Art. 169 tZGB ist einzig zum Schutze der Ehefrau erlassen (Lemp, Berner Komm. Art. 177 RdNr. 40; BGE 53 II 367; a.M.: Guldener, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, S. 86). Sie soll davon abgehalten werden, aus Zuneigung zum Ehemann oder...

ten, daß die Interessen der Ehefrau nicht verletzt werden; auf die Interessen der Gläubiger ist nicht Rücksicht zu nehmen.⁶⁸⁾ Das Vormundschaftsgericht darf die Genehmigung nicht erteilen, ohne die Ehefrau gehört zu haben. Wird die Genehmigung erteilt, dann ist eine Verbindlichkeit rückwirkend begründet worden, Art. 203 Nr. 2 und 216 Nr. 2 tZGB. Wird sie nicht erteilt, so ist das Geschäft ungültig. Auch die ohne die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts erfolgten Verpflichtungen der Ehefrau sind nichtig.⁶⁹⁾ Der Gläubiger dagegen, der weder wußte noch nach den Umständen wissen konnte, daß die Verpflichtung zugunsten des Ehemannes eingegangen wurde, wird geschützt,⁷⁰⁾ wobei der Abs. III diesmal nicht entgegengehalten werden kann.⁷¹⁾ Problematisch ist, ob das deutsche Vormundschaftsgericht diese Zustimmung erteilen kann.

... unter seinem Einfluß unbesonnen Verpflichtungen einzugehen (BGE 41 II 12). Mittelbar auch im Interesse der ganzen Familie, insofern nämlich, als der im Frauenvermögen liegende wirtschaftliche Rückhalt nicht leicht hin aufs Spiel gesetzt werden soll (vgl. Egger, Art. 177 RdNr. 18).

68) Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 177 RdNr. 86; a. M.: Rossel - Mentha, 1, 308.

69) Sie kann weder von vornherein darauf verzichten, sich auf die Nichtigkeit zu berufen (SchJZ 34, 44 Nr. 28), noch nachträglich die ungültige Schuld bindend anerkennen, es sei denn, mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts oder nach Wiedererlangung der vollen Handlungsfähigkeit (BGE 54 II 83), d. h. nach Auflösung der Ehe.

70) Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 177 RdNr. 94; Egger, Art. 177 RdNr. 23.

71) Die Frage, ob der Dritte im Inlandsverkehr geschützt wird, wenn er im Vertrauen auf die Gültigkeit des Geschäftes gehandelt hat, ist von deutschen Gerichten anscheinend noch nicht behandelt worden (vgl. Dölle, in Intern. FamR. Dtl. u. Fr., S. 88). Unmittelbar dürfte die Vorbehaltsklausel nicht angewandt werden. Es empfiehlt sich eher eine Rechtsanalogie aus dem Gedanken, der den Art. 7 III und 16 II EGBGB zugrunde liegt: Der Dritte darf sich auf das deutsche Recht berufen, wenn nach diesem Recht das Geschäft wirksam wäre, dessen Vornahme dem Ehegatten nach dem an sich maßgebenden ausländischen Recht verboten oder nur unter Einschränkung gestattet ist (vgl. Dölle, a. a. O., S. 88; Raape, IPR, S. 340). Vorausgesetzt, daß die Eheleute ihren Wohnsitz im Inlande haben. A. M.: Wolff, IPR, S. 186; für Ehestatut.

Die herrschende Meinung und Praxis in der Türkei zählen die hier behandelten Fälle zu den "ahkâm-i sahsiye".^{71a)} Daher sind die Art. 18 und 540 Nr. 4 tZPO anzuwenden. Die Vollstreckung und Anerkennung sind damit in der Türkei ausgeschlossen. An dieser Stelle ist aber nicht notwendig, die Frage der Anerkennung seitens der Türkei zu prüfen, "da bei einem derartigen Interzessionsvertrag in Deutschland die effektive Verwirklichung des vom deutschen Richter auf dem Papier gestalteten Rechtsverhältnisses ohne die Mitwirkung des Auslandes möglich ist".⁷²⁾ Ob nun das international zuständige deutsche Gericht diese nach Art. 169 III tZGB notwendige Zustimmung erteilen kann, hängt davon ab, ob dieser vom maßgebenden ausländischen Recht vorgesehene Akt eine gewisse Ähnlichkeit mit den im Inland vorgesehenen Akten in materieller und formeller Hinsicht hat oder dem deutschen inländischen Recht wessensfremd ist, so daß die Ausübung der deutschen Gerichtsbarkeit nicht in den Rahmen der normalen Aufgabenverteilung und Behördenorganisation im Staate passen würde.⁷³⁾

Die dem Art. 169 III tZGB entsprechende Bestimmung des deutschen Rechts,⁷⁴⁾ § 1358 BGB, wurde durch Art. 1 Nr. 7 des GlBerG aufgehoben. In § 1365 II BGB sieht jedoch das deutsche Recht einen ähnlichen Akt des Vormundschaftsgerichts vor.⁷⁵⁾ Dort handelt es sich um eine Ersetzung der Zustimmung des anderen Ehegatten; und außerdem berücksichtigt der Gesetzgeber den Schutz der Familieninteressen. Auch in Art. 169 III tZGB wird mittelbar das Familieninteresse geschützt. Das bleibt jedoch im Hintergrund. Die Bestimmung ist hauptsächlich für den Schutz der Frau vorgesehen, und das Vormundschaftsgericht muß hier darauf achten, daß die Interessen der Ehefrau nicht verletzt werden.⁷⁶⁾ Er ist also in erster Linie zum Schutze der Frau erlassen.⁷⁷⁾ Dies

71a) Ahkâm-i sahsiye = Personalstatut.

72) Vgl. Wengler, Die Funktion der richterlichen Entscheidung über intern. Rechtsverhältnisse, ZAIP 16 (1951), 20; Raape bei Staudinger, Art. 14 Anm. B II 2 h, setzt voraus, daß der betreffende ausländische Staat keine ausschließliche Zuständigkeit für eigene Behörden in Anspruch nimmt.

73) Vgl. Neuhaus, Die Grundbegriffe des IPR, Berlin und Tübingen 1962, S. 233; ders., ZAIP 20 (1955), 213.

74) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 14 Anm. B II 2 h; wegen dieser Ähnlichkeit billigt dem deutschen Gericht die Zustimmungsbefugnis zu.

75) Hier allerdings nicht infolge der Ehe, sondern der durch den Güterstand auferlegten Beschränkungen der Verpflichtungs- und der Verfügungsmacht, vgl. Raape, IPR, S. 328.

76) Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 177 RdNr. 86.

77) Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 177 RdNr. 40; BGE 53 II 367; 41 II 12.

hat seinen Grund vor allem in der Schutzbedürftigkeit der Ehefrau im türkischen Recht. Die Frage, ob der deutsche Vormundschaftsrichter die Zustimmung für dieses Interzessionsgeschäft der Ehefrau gemäß Art. 169 III tZGB erteilen kann, hängt also nun davon ab, ob die Berücksichtigung des Schutzes der Ehefrau vom deutschen Richter zu erwarten und er zu dieser Tätigkeit überhaupt fähig ist, Solange es um die Berücksichtigung der Familieninteressen geht, ist der Akt für den deutschen Richter nicht unbekannt. Der Schutz der Ehefrau und der Familieninteressen, wobei sogar derjenige der Ehefrau mitzurechnen ist, können praktisch nicht voneinander getrennt werden. Wenn ein Richter, der die Familieninteressen berücksichtigt, auch die der Ehefrau mitberücksichtigt, kann dies nicht als denkbare Überschreitung seines Aufgabenbereichs angenommen werden.⁷⁸⁾ Eine "gewisse Abwandlung der gewohnten richterlichen Tätigkeit" muß ohnehin bei der Anwendung des fremden Rechts in Kauf genommen werden.⁷⁹⁾ Dies ist für das internationale Rechtsleben erforderlich.⁸⁰⁾

5. Rechtsgeschäfte unter Ehegatten nach Art. 169 II tZGB

Auch die Anwendung des Art. 169 II tZGB bereitet gewisse Schwierigkeiten für den deutschen Richter. Obwohl nach Abs. I die Ehegatten befugt sind, Rechtsgeschäfte miteinander einzugehen, wird diese Befugnis in Abs. II diesmal zum Schutz der Gemeinschaft⁸¹⁾ eingeschränkt, da der Ehegatte davor geschützt werden soll, daß er unter dem Einfluß des anderen in eine ungerechtfertigte Veräußerung oder Belastung der in Art. 169 II tZGB genannten Vermögenswerte einwilligt.⁸²⁾ Ist also durch einen Vertrag zwischen beiden Ehegatten ein zum

78) Vgl. Dölle, ZAIP 27 (1962), 230/31.

79) Vgl. Kegel, IPR, S. 377.

80) Vgl. Dölle, ZAIP 16 (1951), 383 Fußn. 4; Staudinger-Raape, Art. 14 Anm. B II 2 h (sofern nicht das ausländische Recht die ausschließliche Zuständigkeit der eigenen Behörden für sich in Anspruch nimmt); Soergel-Kegel, Art. 14 RdNr. 34 (auch dann, wenn das maßgebende ausländische Recht die eigenen Gerichte für ausschließlich zuständig hält).

81) Vgl. Egger, Art. 177 RdNr. 7; Lemp, Berner Komm. Art. 177 RdNr. 4; BGE 47 II 117; Hauptsächlich zum Schutz der Ehefrau; ZBJV 49, 301; nebenbei auch der Schutz des Ehemannes; gegen den Schutz des Ehemannes auch Bartholèmes, a. a. O., S. 88.

82) Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 177 RdNr. 18.

eingebrachten Gut⁸³⁾ der Frau oder zum Gemeinschaftsgut⁸⁴⁾ gehörendes Recht unmittelbar aufgegeben oder belastet worden, oder hat sich durch diesen Vertrag einer der Ehegatten verpflichtet, ein zu diesen Vermögensmassen gehörendes Recht aufzugeben oder zu belasten, so ist die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts erforderlich.⁸⁵⁾ Unter Art. 169 II tZGB fallen nur Verträge, die an sich auch mit Dritten möglich sind, nicht dagegen Rechtsgeschäfte, die ausdrücklich oder sinngemäß von den Bestimmungen über die güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten beherrscht sind.⁸⁶⁾ Somit fällt diese Beschränkung der Rechtsgeschäfte unter Ehegatten auch unter die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe, so daß für sie auch durch Art. 14 EGBGB das ermittelte Recht maßgebend wird.⁸⁷⁾ Ist nun für einen Fall, etwa bei Abschluß, Änderung oder Aufhebung eines Vertrages über die Abtretung eines Patentes oder über die Abtretung einer Forderung unter türkischen Ehegatten in Deutschland oder unter Ehegatten verschiedener Staatsangehörigkeit (türkischer Ehemann und deutsche Frau), nach Art. 14 EGBGB das türkische materielle Recht anwendbar, so taucht für den deutschen Richter wieder die Frage auf, ob er imstande ist, gemäß dem maßgebenden Art. 169 II tZGB die erforderliche Zustimmung zu erteilen.

83) Dieses kann bestehen nach Art. 192 (Güterverbindung), 234 (Errungenschaftsgemeinschaft) und 236 (Ehesteuer bei Gütertrennung) tZGB. Außer den Vermögensstücken, die nach diesen Bestimmungen im Eigentum der Frau bleiben und vom Manne verwaltet werden, sind auch die Ersatzforderungen für das den Regeln der Güterverbindung unterstehende, aber in das Eigentum des Mannes übergegangene Frauengut (Art. 197 tZGB) und die Forderungen für die Tilgung von Schulden des eingebrachten Frauenguts (Art. 205 tZGB) hierher zu rechnen (Lemp, Berner Komm. Art. 177 RdNr. 15).

84) Gemeinschaftsgut ist, was die Bestimmungen über die Gütergemeinschaft (Art. 211 ff. tZGB) als Gesamtgut bezeichnen. Bei beschränkter Gütergemeinschaft (Art. 233 tZGB) besteht es aus jenen Vermögenswerten, die den Regeln der Gütergemeinschaft unterliegen. Bei Gütertrennung ist die Ehesteuer Gemeinschaftsgut, wenn sie den Regeln der Gütergemeinschaft unterstellt wird, Art. 236 tZGB. Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 177 RdNr. 16.

85) Vgl. Egger, Art. 177 RdNr. 9, Eheverträge werden vom Art. 169 II nicht erfaßt (SchJZ 10, 327 Nr. 92).

86) Vgl. Türkmen, a.a.O., S. 42; Lemp, Berner Komm. Art. 177 RdNr. 8; Staudinger-Raape, Art. 14 Anm. B II 2 B.

87) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 14 RdNr. 33; Dölle, ZAIP 16, 382 ff.; Palandt-Lauterbach, Art. 14 Anm. 4g; für Maßgeblichkeit des Art. 14 EGBGB.

Er müßte zunächst prüfen, ob das Rechtsgeschäft überhaupt seiner Zustimmung bedarf⁸⁸⁾ und dann hätte er weiter zu prüfen, ob der Vertrag dem Zweck des Art. 169 II tZGB entspricht. Er muß dabei die Prüfung darauf beschränken, die Ehegatten, insbesondere die Ehefrau, vor einem voreiligen, nicht auf freiem Willen beruhenden, auf unlautere Weise zustande gekommenen, ohne Kenntnis der vollen Tragweite abgeschlossenen Vertrag zu schützen.⁸⁹⁾ Die Zustimmung soll also dem Zweck des Schutzes des Ehegatten und somit dem Schutz der Familiengemeinschaft dienen. Diese Bestimmung ist zwar dem deutschen Recht unbekannt, damit ist aber nicht gesagt, daß die von dieser Bestimmung verlangte Tätigkeit dem deutschen Recht wesensfremd und daher "die organisatorischen Gegebenheiten des deutschen Gerichts und den Erfahrungsbereich des deutschen Richters überschreitet und damit außerhalb der Gerichtsgewalt liegt, die diesem Gericht verliehen ist".⁹⁰⁾ Zum Beispiel ist in den §§ 1821 ff. und 1643-1645 BGB eine ähnliche Zustimmung des Vormundschaftsgerichts vorgesehen; ebenfalls die Vermögensverwaltung der Eltern hinsichtlich gewisser außergewöhnlicher Geschäfte im Kindesinteresse durch gerichtliche Genehmigungspflicht beschränkt.⁹¹⁾ Hier ist zwar nicht das Interesse der (oder eines) Ehegatten, sondern das des Kindes im Spiel. Trotz dieses Unterschiedes handelt es sich aber nur um Spielarten der gleichen Tätigkeit für den Richter, so daß die Fähigkeit des deutschen Richters auch für diese Tätigkeit zu bejahen ist.⁹²⁾ Die von der herrschenden türkischen Meinung behauptete ausschließliche Zuständigkeit der türkischen Gerichte nach Art. 18 tZPO soll nach Ansicht mancher Autoren⁹³⁾ die Zuständigkeit der deutschen Gerichte ausschließen. Demnach dürfte die Zustimmung nur erteilt werden, wenn die Türkei nicht

88) Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 177 RdNr. 29; Egger, Art. 177 RdNr. 13.

89) Der Richter darf einen Vertrag nicht schon deshalb ablehnen, weil er für den einen Ehegatten, insbesondere für die Frau, nachteilig ist oder sich in Zukunft nachteilig auswirken könnte, wenn sich der Ehegatte dessen bewußt ist und die Nachteile freiwillig auf sich nimmt. Die Genehmigung kann sogar an Bedingungen geknüpft werden, ZBGR 7, 252.

90) Vgl. Neuhaus, SJZ 1951, 646 (in Anm. z. OLG Neustadt vom 25.5.1951).

91) Palandt-Lauterbach, § 1643 Anm. 1.

92) Vgl. Riezler, IZPR, S. 235.

93) Vgl. Dölle, ZAIP 16, 384; Staudinger-Raape, Art. 14, Anm. B II h; a.M.: Soergel-Kegel, Art. 14 RdNr. 34: "auch dann, wenn das maßgebende ausländische Recht die eigenen Gerichte für ausschließlich zuständig erklärt. Dies ist aus praktischen Gründen nötig". Vgl. auch RdNr. 16 zu demselben Art.

die ausschließliche Zuständigkeit der eigenen Behörden für sich in Anspruch nimmt. Ob ein ausländischer Gerichtsstand besteht oder nicht, wäre erst dann entscheidend wichtig, wenn das Institut des fremden Rechts dem deutschen Recht unbekannt und wesensfremd wäre, und das Fehlen eines ausländischen Gerichtsstandes zu einer Rechtsverweigerung führte. Insbesondere wäre eine Notzuständigkeit auch in sachlicher Hinsicht dann anzuerkennen, wenn deutsche Staatsangehörige beteiligt sind, etwa wenn die Frau ihre deutsche Staatsangehörigkeit behalten hat, und es nach dem Recht des Mannes einen Gerichtsstand nicht gibt.⁹⁴⁾

6. Anwendung des Art. 11 II tZGB ("Heirat macht mündig")

Nach dieser Vorschrift wird die Frau durch Heirat mündig. Ob dies nun auch für die Ehen zwischen deutschen und türkischen Staatsangehörigen gilt, ist im deutschen Recht umstritten. Nach herrschender Ansicht ist dies eine Statusfrage und entscheidet sich nach dem durch Art. 7 I EGBGB maßgebenden Recht, da es sich um den Erwerb der vollen Geschäftsfähigkeit handelt, während für die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Frau durch Heirat die Art. 14 beziehungsweise 15 EGBGB maßgebend sind, da diese ehedersonenrechtlichen, zum Teil auch ehedüterrechtlichen Charakter haben.⁹⁵⁾ Heiratet also eine Deutsche einen Türken, so ist fraglich, ob sie durch diese Heirat mündig wird, obwohl sie ihr 21. Lebensalter noch nicht vollendet hat.

Nach Art. 5 i. V. m. Art. 42 des neuen tStAG wird die deutsche Frau durch ihre Heirat automatisch Türkin, wenn sie die dafür notwendige Erklärung in der in Art. 42 vorgesehenen Form abgibt. Tut sie das, so ist sie Türkin und ihr neues Statut bestimmt, ob sie durch ihre Heirat mündig wird;⁹⁶⁾ tut sie es nicht, so kann sie die türkische Staatsangehörigkeit nicht erwerben und ist weiterhin ihrem bisherigen Statut unterstellt, wird also nicht mündig.⁹⁷⁾

94) Bezüglich des türkischen Rechts ist dies für das oben behandelte Institut nicht der Fall, da durch Art. 18 tZPO immer ein Gerichtsstand in der Türkei begründet ist.

95) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 7 RdNr. 7 und Art. 14 RdNr. 28-32; Staudinger-Raape, Art. 7 Anm. A V c und Art. 14 Anm. B II 2 i; Wolff, IPR, S. 101; a. M.: OLG Dresden, IPRspr. 1926/27 Nr. 78 (für Maßgeblichkeit des Art. 14 EGBGB).

96) Vgl. Knauber, K.H., Zur Reichweite des Art. 7 EGBGB, Diss. München 1960, S. 56.

97) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 7 Anm. A V c; Wolff, IPR, S. 61; a. M.: ...

Heiratet eine Türkin einen Deutschen, so wird sie mündig, wenn sie die deutsche Staatsangehörigkeit nicht erwirbt.⁹⁸⁾ Erwirbt sie die deutsche Staatsangehörigkeit, so bestehen zwei Möglichkeiten; Erklärt sie in der durch Art. 42 des neuen türkischen StAG vorgesehenen Form, daß sie die türkische nicht mehr behalten wolle, so daß sie ihre türkische automatisch verliert und nur als Deutsche gilt, so wird sie nicht mündig.⁹⁹⁾ Behält sie dagegen ihre türkische Staatsangehörigkeit weiter, so ist sie Doppelstaatsangehörige. Hier wird man wieder nach dem organischen Zusammenhang¹⁰⁰⁾ eine ihrer Staatsangehörigkeiten vorziehen.

... Frankenstein, IPR, Bd. III, S. 235, Fußn. 31. Hier könnte ihr Personalstatut sowohl nach türkischem wie auch nach deutschem Recht beurteilt werden. Ob auf das deutsche oder das türkische Statut abgestellt werden soll, ergibt sich aus dem "Organischen Zusammenhang", welcher sich wohl nach der Maßgabe des Einzelfalles entscheiden läßt. Vgl. Ferid, Zur kollisionsrechtlichen Behandlung von Inländern mit zugleich ausländischer Staatsangehörigkeit, ZAIP 1958, 498 ff.; Soergel-Kegel, Art. 29 RdNr. 29. Die deutsche Rechtsprechung ist dagegen stets für Beachtung der inländischen Staatsangehörigkeit, wenn die inländische Staatsangehörigkeit mit der ausländischen zusammentrifft (vgl. OLG Hamm v. 1. 7. 1955 NJW 1955, 1724 ff.; Lewald, IPR, S. 10; Nußbaum, IPR, S. 112; Makarov, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, 1942, 280-288; Wolff, IPR, S. 41; Palandt-Lauterbach, vor Art. 7 Vorbem. 7 a).

- 98) Ein automatischer Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit erfolgt nicht. In der Regel wird sie aber von der ihr im Gesetz gebotenen Möglichkeit Gebrauch machen, durch Option vor dem deutschen Standesbeamten die deutsche Staatsangehörigkeit zu erwerben, § 6 RuStAG n.F.v. 19.8.1957.
- 99) Bestritten. Hier handelt es sich um die Frage, ob Art. 7 Abs. II EGBGB direkt oder analog anwendbar ist oder nicht. Von der einen Ansicht (Frankenstein, IPR, Bd. I, S. 423; Lewald, IPR, S. 57) wird das Eingreifen des Art. 7 II EG mit der Begründung abgelehnt, daß Art. 7 II voraussetze, daß die betreffende Person noch unter der Herrschaft ihres alten Personalstatuts die rechtliche Stellung eines Volljährigen erlangte, während dieses Ereignis bei der früheren Ausländerin nie eingetreten sei, da sie durch die Heirat sofort Deutsche wurde. Nach anderer Ansicht (Walker, a.a.O., S. 106; Wolff, IPR, S. 101; Staudinger-Raape, S. 77) dagegen bewirkt die Heirat gleichzeitig Mündigkeit nach dem alten Statut und Staatswechsel nach dem neuen Statut.

100) Siehe oben S. 58, Fußn. 97.

7. Anwendung der Bestimmungen des türkischen Rechts über die Schlüsselgewalt durch den deutschen Richter (Art. 155-158 tZGB)

Auch die Schlüsselgewalt gehört zu den persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten, und das nach Art. 14 EGBGB maßgebende Recht entscheidet auch über Beschränkung, Entziehung und Wiederherstellung der Schlüsselgewalt;¹⁰¹⁾ allerdings mit der Einschränkung des Art. 16 II EGBGB.¹⁰²⁾ Dieser bezweckt den Schutz der Dritten und bezieht sich deshalb ausschließlich auf die Vertretungsmacht (das Aussenverhältnis der Schlüsselgewalt) der Ehefrau. Das Innenverhältnis (die Geschäftsführungsbefugnis der Ehefrau) richtet sich dagegen stets nach dem Ehwirkungsstatut.¹⁰³⁾ Um festzustellen, wann § 1357 BGB dem Dritten günstiger ist als das türkische Recht, ist ein Vergleich zwischen den beiden Bestimmungen über Schlüsselgewalt hinsichtlich deren Umfang und Inhalt, bzw. Beschränkung und Beendigung zweckmäßig. Allgemein kann man davon ausgehen, daß dasjenige Gesetz dem Dritten günstiger ist, das weniger Voraussetzungen an die Schlüsselgewalt knüpft, weiteren Umfang und größeren Inhalt hat und strengere Erfordernisse für die Geltendmachung der Beschränkung beziehungsweise Beendigung der Schlüsselgewalt enthält.

a) Voraussetzungen der Schlüsselgewalt

Das deutsche Recht setzt eine häusliche Gemeinschaft voraus,¹⁰⁴⁾ da sonst kein häuslicher Wirkungskreis der Frau vorhanden ist. Auch im türkischen Recht ist ein häuslicher Wirkungskreis vorausgesetzt.¹⁰⁵⁾ Sind die Ehegatten gerichtlich getrennt oder hat einer von ihnen mit oder ohne richterliche Bewilligung den gemeinsamen Haushalt aufgehoben, so entfällt die ordentliche Vertretung durch die Ehefrau, da es keine in den Rahmen der Vertretungsbefugnis fallenden Geschäfte mehr abzuschließen gibt.¹⁰⁶⁾

101) H. M. Soergel-Kegel, Art. 14 RdNr. 16; Staudinger-Raape, Art. 14, Anm. B II 2 f.; Dölle, ZAIP 16, 378.

102) Vgl. Frankenstein, IPR, Bd. III, S. 273; Wolff, IPR, S. 201.

103) Vgl. Dölle, ZAIP 16, 378; ders. in Intern. FamR. Dtl. u. Fr., S. 82; Jayme, a. a. O., S. 57.

104) Vgl. Palandt-Lauterbach, § 1357 Anm. 2a; Müller-Freienfels, Zur heutigen Schlüsselgewalt, Festschrift für H. Lehmann, Tübingen, Frankfurt u. Berlin 1956, S. 383 ff. und 413; Schuster bei Dölle, Familienrecht, S. 698 ff.; LG Berlin NJW 1960, 1390.

105) Vgl. Lemp, Berner Komm., Art. 161 RdNr. 55; Egger, Art. 163 RdNr. 3; Lenz, a. a. O., S. 56.

106) Vgl. SchJZ 11, 261 Nr. 200; 23, 185 Nr. 140.

b) Inhalt und Umfang der Schlüsselgewalt

Die Vertretungsbefugnis der Ehefrau nach Art. 155 tZGB umfaßt nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern auch andere Rechtshandlungen, die den häuslichen Wirkungskreis betreffen (etwa den Dienstboten Weisungen erteilen).¹⁰⁷⁾ Auch im deutschen Recht umfaßt die Schlüsselgewalt alle Rechtshandlungen zum Wohle der Familie, darunter auch Ausgaben für die Kindererziehung. Im deutschen Recht handelt die Ehefrau aufgrund der in § 1357 BGB erteilten Befugnisse nicht mehr als Stellvertreterin¹⁰⁸⁾ des Mannes, während sie im türkischen Recht als Vertreterin der Gemeinschaft handelt.¹⁰⁹⁾ Ihre Vertretungsbefugnis konkurriert hier (im türkischen Recht) mit der des Ehemannes (Art. 154 tZGB).¹¹⁰⁾ Ihre Handlungen verpflichten den Ehemann, sofern sie nicht in einer für Dritte erkennbaren Weise über die Fürsorge, das heißt die Bedürfnisse des Haushaltes, hinausgehen (Art. 155 II). Somit entspricht diese ordentliche Vertretung der Familiengemeinschaft durch die Ehefrau im wesentlichen auch dem deutschen Recht.

Bei der außerordentlichen Vertretung durch die Ehefrau¹¹¹⁾ nach Art. 158 tZGB hat die Ehefrau eine weitere Vertretungsbefugnis, die ihr von ihrem Ehemann ausdrücklich oder stillschweigend erteilt wird. Diese kann jedoch nur die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft umfassen und ist nur für die Geschäfte möglich, die die Gemeinschaft angehen.¹¹²⁾ Bei dieser außerordentlichen

107) Vgl. BGE 78 II 160.

108) Streng genommen kann man heute im deutschen Recht bei der Schlüsselgewalt nicht mehr von Stellvertretung sprechen; denn durch das GlBG wurde die subsidiäre Haftung der Frau eingeführt. Die Frau ist nicht mehr wie früher als Vertreterin des Mannes anzusehen, auch nicht als Erfüllungsgehilfin. Sie besorgt vielmehr die Geschäfte mangels eigenen abweichenden Willens eigenverantwortlich mit Wirkung für den Mann. Vgl. Palandt-Lauterbach, § 1357, Anm. 1 und 3 b; Schuster bei Dölle, Familienrecht, S. 703.

109) Vgl. Abrenz, Die ordentliche Vertretung der ehelichen Gemeinschaft durch die Ehefrau nach ZGB und ihre geschichtliche Entwicklung, Diss. Bern 1920, S. 44; Tobler, Zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft durch die Ehefrau, SchJZ 19, 161; a.M.: Schultz, K., Die privatrechtliche Stellung der Ehefrau nach zürch. Recht und nach dem ZGB, Diss. Zürich 1908, S. 124.

110) Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 162, RdNr. 5.

111) Vgl. Schwarz, a.a.O., S. 186 Fußn. 1; Saymen, a.a.O., S. 133.

112) Z.B. für die Miete einer Wohnung, Unterbringung der Kinder in einer

Vertretungsbefugnis der Ehefrau ist der Umfang breiter als im deutschen Recht. Nach dem türkischen Recht kann die Ehefrau sowohl Verpflichtungen eingehen als auch für das Gesamtgut verfügen (Art. 207, 212 III tZGB), überhaupt alle Rechtshandlungen (Mängelrügen etc.) vornehmen, so etwa auch die Bestellung eines Planes oder Kostenvoranschlages zum Bau einer Villa, so daß im Ergebnis die außerordentliche Vertretungsbefugnis des türkischen Rechts weitergehenden, breiteren Umfang als die des deutschen Rechts hat und somit für Dritte günstiger ist als das deutsche Recht.

c) Wirkungen der Schlüsselgewalt

Nach dem deutschen Recht wird durch die Geschäfte der Ehefrau der Mann verpflichtet, die Frau haftet erst bei Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes (§ 1357 I BGB).¹¹³⁾ Nach dem türkischen Recht handelt die Ehefrau als Vertreterin der Gemeinschaft,¹¹⁴⁾ so daß in bestimmtem Umfang aus diesen Geschäften sowohl der Mann als auch sie selbst verpflichtet werden (Art. 203 II, 216 II, 187 III tZGB). Handlungen, die die Ehefrau in befugter Vertretung der Gemeinschaft vornimmt, verpflichten primär den Ehemann, und zwar unter jedem Güterstand (Art. 155 II, 187 I, 202, 215 Nr. 2 tZGB). Bei Gütergemeinschaft wird er auch

... Erziehungsanstalt (Internat), Kauf einer Aussteuer für die Tochter (SchJZ 11, 56 Nr. 50). Ihrer Natur nach steht die außerordentliche Gemeinschaftsvertretung der Frau der ordentlichen (Schlüsselgewalt) gleich; sie unterscheidet sich von ihr lediglich dadurch, daß sie ganz vom Willen des Mannes abhängt, während diese Abhängigkeit bei der ordentlichen Gemeinschaftsvertretung durch eine gesetzliche, und zwar durch eine familienrechtliche Vertretungsbefugnis ersetzt ist. Vgl. Gmür, Art. 163 RdNr. 4. So stellt sich denn die Gemeinschaftsvertretung der Frau nach tZGB (Art. 155-158) als ein einheitliches Institut des Familienrechts dar.

Die Ermächtigung des Ehemannes für die außerordentliche Gemeinschaftsvertretung der Ehefrau kann sowohl für einzelne Geschäfte als auch allgemein erteilt werden (BlZürR 18, Nr. 141), sei es für bestimmte Arten von Geschäften, sei es für alle nicht schon unter die ordentliche Vertretungsbefugnis fallenden Geschäfte, vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 166 RdNr. 5.

113) Vgl. Schuster bei Dölle, Familienrecht, S. 711.

114) Siehe oben Fußn. 112.

mit dem Gesamtgute verpflichtet. Subsidiär, soweit der Ehemann nicht zahlungsfähig ist, beziehungsweise bei Gütergemeinschaft das Gesamtgut nicht ausreicht, haftet die Frau (Art. 187 II, 203 II, 216 II tZGB). Bei der außerordentlichen Vertretung wird ebenfalls in erster Linie der Ehemann verpflichtet (analog Art. 155 II, ferner Art. 187 I, 202 Nr. 3 und 215 Nr. 2 tZGB). Die Ehefrau haftet nur subsidiär, soweit der Ehemann nicht zahlungsfähig ist, beziehungsweise das Gesamtgut nicht ausreicht (Art. 187 III, 203 II, 216 II tZGB). Bei Überschreitung der ordentlichen Vertretungsbefugnis ist zu unterscheiden, ob das für Dritte erkennbar war oder nicht. Im ersten Fall wird nur die Ehefrau verpflichtet.¹¹⁵⁾ War dagegen die Überschreitung der Vertretungsbefugnis für Dritte nicht erkennbar, so haftet primär der Ehemann, und subsidiär die Ehefrau.¹¹⁶⁾ Im Ergebnis hat also die Ehefrau in beiden Rechten im wesentlichen die gleichen Verpflichtungen.

d) Wirkung der Beschränkung, beziehungsweise der Beendigung der Schlüsselgewalt gegenüber Dritten

In beiden Rechtsordnungen kann die Schlüsselgewalt der Ehefrau beschränkt oder entzogen werden.¹¹⁷⁾ Dies wirkt Dritten gegenüber im deutschen Recht nur bei Eintragung in das Güterrechtsregister (§ 1357 S. 2 BGB). Im türkischen Recht ist diese Beschränkung oder Entziehung dem gutgläubigen Dritten gegenüber erst dann wirksam, wenn der Ehemann ihn von dieser Beschränkung oder Entziehung benachrichtigt hat. Das kann er auf zweierlei Weise tun:

- 1) Er benachrichtigt die Personen, mit denen die Frau gewöhnlich Geschäfte macht,

115) Bei Gütertrennung mit ihrem getrennten Vermögen (Art. 187 II), bei Güterverbindung und Gütergemeinschaft nur mit dem Werte ihres Sondergutes (Art. 204 Nr. 3, 217 Nr. 3 tZGB), vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 163 RdNr. 17. So auch, wenn die Ehefrau ohne Erlaubnis über die ihr erteilte außerordentliche Vertretungsbefugnis hinausgeht. Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 166 RdNr. 10.

116) Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 163 RdNr. 17-20; Art. 166 RdNr. 9-10; Egger, Art. 163 RdNr. 11-12; Art. 166 RdNr. 3.

117) Vgl. Schuster bei Dölle, Familienrecht, S. 717, und die Kritik in Fußnote 125.

- 2) Um zu verhindern, daß die Frau gegenüber sonstigen Personen Verpflichtungen eingeht, kann die Entziehung oder die Beschränkung der Schlüsselgewalt durch den zuständigen Notar veröffentlicht werden.¹¹⁸⁾

Ist diese Veröffentlichung erfolgt, so können die Dritten nicht mehr behaupten, daß sie von der Beschränkung oder Entziehung der Schlüsselgewalt nicht gewußt haben.¹¹⁹⁾ Derartige Vereinbarungen sind auch im türkischen Recht ins Güterrechtsregister einzutragen. Das Güterrechtsregister wird auch beim Notar geführt.

Problematisch wäre hierbei, ob der deutsche Notar diese Veröffentlichung machen könnte und ob ein Güterrechtsregister für die türkischen Eheleute bei einem deutschen Notar geführt werden kann. Das Güterrechtsregister wird in Deutschland bei den Amtsgerichten geführt (§ 1558 BGB). Die Führung eines Güterrechtsregisters für die ausländischen Eheleute bleibt außerhalb des Aufgabenbereichs des deutschen Notars. Es ist hier wohl die Zuständigkeit des Amtsgerichts des jeweiligen Wohnsitzes des Ehemannes (§ 1558, 1559 BGB) und an der etwaigen gewerblichen Niederlassung eines jeden Ehegatten, der ein Handelsgewerbe betreibt (Art. 4 EGHGB) anzunehmen.

e) Ergebnis

Im Ergebnis ist also anzunehmen, daß § 1357 BGB im Verhältnis zu Art. 155 tZGB (das heißt also im Verhältnis zur ordentlichen Vertretungsmacht der Frau) den Kreis der ordentlichen Vertretung weiter zieht als das deutsche Recht und insoweit günstiger ist. Während Art. 155 tZGB die "laufenden Bedürfnisse des Haushaltes" unter Schlüsselgewalt der Ehefrau nennt, spricht die deutsche Vorschrift des § 1357 BGB "vom häuslichen Wirkungskreis" überhaupt, ohne den Bereich auf die laufenden Bedürfnisse einzuschränken. Im Sinne des türkischen Gesetzes fällt somit ein Teil der Tätigkeit der deutschen Ehefrau in den Bereich der außerordentlichen Vertretung. Faßt man aber die Vertretungsmacht der Ehefrau insgesamt ins Auge, so sind Umfang und Inhalt der türkischen Schlüsselgewalt weiter als im deutschen Recht und insoweit für den Dritten günstiger. Insgesamt sind daher die Art. 155-158 tZGB als das günstigere Recht anzusehen als § 1357 BGB, und daher auch in Deutschland trotz Art. 16 II EGBGB anzuwenden, wenn das türkische Recht maßgebend ist.

118) Zuständig ist der Notar am Wohnsitz des Ehemannes, Art. 240 tZGB.

119) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 133. Nach ihm kann sogar der Ehemann jederzeit beweisen, daß der Dritte nicht gutgläubig ist (vgl. auch S. 133 Fußn. 49); dagegen Egger, Art. 164 RdNr. 4.

8. Die Gewerbefrau; Anwendung des Art. 159 II tZGB in Deutschland

Unter jedem Güterstand fordert das türkische Recht in Art. 159 I tZGB die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Ehemannes,¹²⁰⁾ wenn die Ehefrau ein Gewerbe betreiben möchte. Nach § 1356 I S. 2 BGB ist die Frau berechtigt, erwerbstätig zu sein. Dazu bedarf sie nicht der Genehmigung des Ehemannes; auch nicht hinsichtlich der Art der Tätigkeit.¹²¹⁾ Da der § 1358 BGB durch das GlBerG fortgefallen ist, kann der Ehemann ihre Stellung auch nicht mehr kündigen; sogar dann nicht, wenn sie wegen ihrer beruflichen Tätigkeit ihre hausfraulichen Pflichten vernachlässigt.¹²²⁾

Dabei ist zu unterscheiden, ob es sich um eine abhängige Berufsausübung der Frau (etwa eine Arbeitsaufnahme) handelt, oder ob sie ein selbständiges Gewerbe betreibt. Für den letzteren Fall ist der Verkehrsschutz in Sachen des Gewerbes ausdrücklich durch § 11 a I GewO (eingefügt durch Art. 36 EGBGB) angeordnet. Da diese Vorschrift unabhängig von Güterstatut anwendbar ist, ist es auf die Geschäftsfähigkeit einer Türkin hinsichtlich der den Gewerbebetrieb betreffenden Geschäfte ohne Einfluß, daß sie Ehefrau ist.¹²³⁾ Bei der Frage nach der Befugnis der Ehefrau zu sonstiger Berufsausübung ist dagegen Art. 14 EGBGB anwendbar, da es sich hier darum handelt, ob ihre Geschäftsfähigkeit vermindert wird oder nicht.¹²⁴⁾ Mit einem Eingreifen des deutschen ordre

120) Sie liegt insbesondere vor, wenn der Ehemann nicht widerspricht, ob schon er weiß, daß die Frau einen Beruf oder ein Gewerbe ausübt, vgl. *Lemp, Berner Komm. Art. 167 RdNr. 9.*

121) Vgl. *Palandt-Lauterbach, § 1356 BGB Anm. 2; Schuster bei Dölle, Familienrecht, S. 413 ff. und 415.*

122) Vgl. *Palandt-Lauterbach, § 1356 Anm. 2; Eißer, G., Die Anerkennung der Persönlichkeit der Ehefrau im neuen Eherecht, FamRZ 1959, 177 ff./180.*

123) Vgl. *Soergel-Kegel, Art. 14 EGBGB RdNr. 30:* "Zu eng ist der Hinweis auf die güterrechtlichen Verhältnisse, da Minderung der Geschäftsfähigkeit durch die Ehe regelmäßig zu den persönlichen Ehwirkungen gehört. Auch ist § 11 a GewO entgegen seinem Wortlaut nur auf Minderungen der Geschäftsfähigkeit infolge der Ehe anzuwenden."

124) Vgl. *Dölle, ZAIP 16, 376; Palandt-Lauterbach, Art. 14 EGBGB, Anm. 4 h; Staudinger-Raape, Art. 14, Anm. B II 2 i a, will eine Minderung der Geschäftsfähigkeit nur annehmen, wenn sie sowohl nach dem von Art. 7 I wie auch nach dem von Art. 14 berufenen Recht eintritt; Wolff, IPR, S. 198; Lewald, IPR, S. 95; OLG Dresden IPRspr. 1926/27 Nr. 78; KG IPRspr. 1934 Nr. 44 neigt zu Art. 7.*

public ist hier nur nach Art. 14 II EGBGB zu rechnen. Im übrigen steht der Anwendung des Art. 159 Abs. II tZGB in Deutschland nichts im Wege.¹²⁵⁾

Probleme tauchen hierbei wiederum auf, wenn der Ehemann ungerechtfertigterweise die Zustimmung nicht erteilt.¹²⁶⁾ In einem solchen Fall kann das Vormundschaftsgericht die Zustimmung des Ehemannes ersetzen (Art. 159 II tZGB) und die Frau zur Berufsausübung ermächtigen. Die entsprechenden Paragraphen des deutschen Rechts, § 1354 BGB (Entscheidungsrecht in den Fragen des Gemeinschaftslebens), § 1358 BGB (Kündigungsrecht des Ehemannes bei Diensten der Ehefrau) und § 1405 BGB, wurden durch das GlBerG Art. 1 Nr. 5, 7 und 9 aufgehoben. Nach Art. 1356 I S. 2 BGB ist die Frau heute berechtigt, erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie zu vereinbaren ist.¹²⁷⁾ Daß die Ehefrau grundsätzlich erwerbstätig sein kann, wird auch durch § 1360 I S. 2 BGB klargestellt. Diese Vorschrift bestimmt darüber hinaus, inwieweit eine Verpflichtung dazu besteht. Eine vormundschaftsgerichtliche Ersetzung der Einwilligung des Ehemannes im Sinne des Art. 159 II tZGB ist daher dem deutschen Recht unbekannt. Nach dieser Vorschrift kann die Ehefrau beim Vormundschaftsgericht die Ermächtigung zur Berufsausübung einholen, wenn diese im Interesse der Familie geboten ist,¹²⁸⁾ und der Ehemann seine Zustimmung verweigert hat. Eine solche Tätigkeit des Gerichts ist zwar dem deutschen Recht unbekannt, aber nicht wesensfremd. Denn zum Beispiel nach §§ 1452 und 1426 BGB kennt auch die deutsche Rechtsordnung ähnliche Funktionen des deutschen Vormundschaftsgerichts. Auch dort ersetzt das Vormundschaftsgericht die Zustimmung des anderen Ehegatten, wenn dieser sie grundlos verweigert.¹²⁹⁾

125) Zustimmung ist heute auch für die Ausübung eines Handelsgewerbes durch die Ehefrau nötig (vgl. Saymen, a. a. O., S. 136; Gönensay, Evli kadinlar ticaret yapabilirler mi?, İkt. Yür. 1940, sayı 7, S. 5; sayı 9, S. 6 ve 24). Nach Art. 7 des alten türkischen Handelsgesetzes war diese nicht erforderlich.

126) Vgl. S. 74 ff.

127) Vgl. über den Umfang dieser Pflicht: Schuster bei Dölle, Familienrecht, S. 413/414.

128) Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 167 RdNr. 24; Egger, Art. 167 RdNr. 9.

129) Vgl. auch S. 75 ff.

9. Die Eigentumsvermutungen im deutschen und im türkischen Recht (Art. 193, 211 tZGB; § 1362 BGB)

Für Eigentumsvermutungen unter den Ehegatten ist nach Art. 15 I EGBGB Mannesrecht maßgebend, da es sich um ehepersonenrechtliche Vorschriften handelt.¹³⁰⁾ Auch hier schafft das deutsche Recht in Art. 14 II EGBGB - ähnlich wie bei der Schlüsselgewalt - eine Ausnahme dahingehend, daß zum Schutz des Inlandsverkehrs die Geltung des § 1362 BGB so erweitert wird, daß sein Inhalt Mindestmaß auch dann bleibt, wenn in Deutschland ausländisches Recht zur Anwendung kommt.¹³¹⁾

Die in § 1362 BGB zu Gunsten der Gläubiger eines Ehegatten vorgesehene und für alle Güterstände allgemein geltende Eigentumsvermutung ist auch dem türkischen Recht nicht fremd. Das schweizerische ZGB kennt sie in Art. 196 (= 193 tZGB) bei dem Güterstand der Güterverbindung und in Art. 215 III (= 211 tZGB) bei der Gütergemeinschaft. Für die Gütertrennung aber sehen sowohl das tZGB als auch das ZGB von jeder Vermutung ab. Die in Art. 193 tZGB für die Güterverbindung vorgesehene Vermutung ist anders gestaltet als die in § 1362 BGB. Sie besteht zunächst für das Eigentum des Ehemannes und wenn dies widerlegt ist, für die Zugehörigkeit zum eingebrachten Gut. Sie wird aber durch die tatsächliche Vermutung zurückgedrängt, daß die Gegenstände, die ihrer Natur nach gesetzliches Sondergut (Art. 183 tZGB) der Ehefrau sind, dieser gehören (Art. 183 Nr. 1 und 2, Art. 185 tZGB).

Die Vermutung des Art. 193 tZGB ist zu Gunsten der Gläubiger des Ehemannes geboten. Wollen die Ehegatten die Vermutung widerlegen, so müssen sie beweisen, daß es sich um Eigentum der Frau handelt. Andernfalls gelten die Gegenstände als Eigentum des Mannes. Diese Vermutung zu Gunsten der Gläubiger des Mannes gilt auch gegenüber den Gläubigern der Frau. Sie gilt auch, wenn die Ehefrau die Gegenstände im Besitz hat. Hier drängt die Vermutung des ehelichen Güterrechts diejenige aus dem Besitz (Art. 898 tZGB) zurück.¹³²⁾

130) Vgl. Dölle, in Intern. FamR, Dtl.u.Fr., S. 83; Wolff, IPR, S. 201; ob eine Eigentumsvermutung unter den Eheleuten gilt und welche, ergibt sich aus dem nach Art. 14 I EG zu ermittelnden Recht, vgl. Soergel-Kegel, Art. 14 RdNr. 35; Palandt-Lauterbach, Art. 14, Anm. 4 ff.

131) Vgl. Egger, Art. 196 RdNr. 1.

132) Vgl. BIZüR 17, Nr. 12, sie bleibt deshalb auch bestehen, wenn Ehegatten getrennt leben.

Nach einer anderen Ansicht¹³³⁾ aber ist die Bestimmung des Art. 193 tZGB nicht, wie im deutschen Recht, als Vermutung anzusehen, sondern als Verteilung der Beweislast.¹³⁴⁾

Bei der Gütertrennung sehen das tZGB wie auch das ZGB von jeder Eigentumsvermutung ab. Hier gilt die Eigentumsvermutung der allgemeinen Vorschrift des Art. 898 tZGB (Besitzvermutung) und nicht die des Art. 193 I tZGB.¹³⁵⁾

- a) Haben aber beide Ehegatten Mitbesitz, so ist nach der Rechtsprechung jeder Ehegatte beweispflichtig für die Behauptung, daß ein beim anderen Ehegatten gepfändetes Vermögensstück ihm gehöre; sogar wenn er Beklagter im Widerspruchsprozeß ist.¹³⁶⁾
- b) Handelt es sich aber um einen Dritten, der mit einem der Ehegatten zusammen den Mitbesitz hat, so ist dieser beweispflichtig, wenn er behauptet, daß er Eigentümer sei.¹³⁷⁾

Die Vorschriften des § 1362 BGB über die Eigentumsvermutung ist demnach Dritten günstiger als die des türkischen Rechts, da die Eigentumsvermutung im deutschen Recht zu Gunsten der jeweiligen Gläubiger in einer einzigen Vorschrift klar und unmißverständlich ausgedrückt ist, während sie im türkischen Recht je nach Güterstand auf mehrere Artikel verteilt, unterschiedlich und teilweise dem Umfang nach enger ausgestaltet und überdies umstritten ist. Ausschlaggebend wirkt außerdem auch die Tatsache, daß bei türkischen Ehen Gütertrennung vorherrscht, und gerade bei der Gütertrennung von jeder Eigentumsvermutung abgesehen wird. Es wird also im Ergebnis stets das deutsche Recht anzuwenden sein, auch wenn nach Art. 14 I EGBGB eigentlich türkisches Recht maßgebend ist.

133) Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 196 RdNr. 1.

134) Vgl. Gmür, Art. 8 RdNr. 13 und 17; Kahn, a.a.O., S. 93 und 99.

135) Vgl. ZBJV 90, 462; SchJZ 13, 348 Nr. 88.

136) Vgl. BGE 61 II 317.

137) Vgl. Ansay, S.S., İcra İflas Hukuku, S. 118; Ygt, Gnl. Kurul 1.2. 1950 (İst. Bar. Der. mayis 1950, S. 249); 20.2.1957 (Muk. Huk. Der. S. 199, yıl: 1957).

B. Güterrechtliche Beziehungen der Ehegatten

1. Einführung

Die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe beurteilt das deutsche IPR dann nach türkischem Recht, wenn der Ehemann bei Eingehung der Ehe die türkische Staatsangehörigkeit besaß (Art. 15 II EGBGB). Die Rückverweisung des türkischen Rechts ist nach Art. 27 EGBGB für den deutschen Richter beachtlich, da diese Vorschrift den Art. 15 II EGBGB als Rückverweisungsfall ausdrücklich auführt. Das ist für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dann der Fall, wenn der Ehemann die türkische Staatsangehörigkeit besaß, aber nicht mehr besitzt, und seinen Wohnsitz in Deutschland hat, die Ehefrau dagegen eine andere Staatsangehörigkeit als die türkische hat.¹³⁸⁾ Sind die beiden Ehegatten türkische Staatsangehörige, so ist nach dem türkischen IPR für die güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten das gemeinsame Heimatrecht maßgebend.¹³⁹⁾ Für die deutschen Ehegatten in der Türkei ist demnach das deutsche Recht als ihr gemeinsames Heimatrecht maßgebend. Ist aber nur ein Ehegatte deutscher Staatsangehöriger, so ist das Recht des gemeinsamen Wohnsitzes maßgebend, also türkisches Recht erst dann, wenn der gemeinsame Wohnsitz in der Türkei liegt. Ist der Mann Türke, und hat die Frau keinen selbständigen Wohnsitz, so ist wieder das türkische Recht anwendbar, da die Frau nach dem türkischen Recht den Wohnsitz des Mannes teilt (Art. 21 I tZGB). Haben die Ehegatten verschiedener Staatsangehörigkeit keinen gemeinsamen Wohnsitz, so ist die Frage im türkischen IPR ebenso offen,

138) Vgl. Berki, a.a.O., S. 392, übersieht hierbei, daß die Ehefrau nach Art. 21 tZGB einen selbständigen Wohnsitz haben kann, wenn der Wohnsitz des Mannes nicht bekannt ist oder sie berechtigt ist, getrennt zu leben (Art. 21 II i.V.m. Art. 162 tZGB); und meint auf S. 384, daß die Möglichkeit verschiedener Wohnsitze für türkische Staatsangehörige nicht besteht. Somit ergibt sich (wenn man der Ansicht Berkis folgt) eine Lücke für die Anknüpfung, wenn die Frau einen selbständigen Wohnsitz hat, gleichgültig, ob sie Türkin oder Staatsangehörige eines anderen Staates ist. Nach der Meinung Seviğ's, a.a.O., S. 493, der für die Fälle, in denen ein Ehegatte türkischer Staatsangehöriger ist, türkisches Recht für maßgebend hält, bestände zwar diese Lücke nicht, dies kann aber nicht ohne weiteres angenommen werden, da hierfür keine überzeugenden Anhaltspunkte bestehen.

139) Vgl. Berki, a.a.O., S. 391; nach Seviğ, a.a.O., S. 493, Nr. 526-527 gilt auch dann das türkische Recht, wenn nur ein Ehegatte türkischer Staatsangehöriger ist.

wie die Frage nach der Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des Güterstatuts.¹⁴⁰⁾ In EHVK (Art. 4) ist dieser Fall nicht vorgesehen. Auch in der Wissenschaft ist dieses Problem bisher, soweit ersichtlich, nirgends behandelt.

2. Materielles türkisches Recht; insbesondere die Bedeutung des Art. 15 II S. 2 EGBGB¹⁴¹⁾

Gesetzlicher Güterstand nach dem tZGB ist die Gütertrennung¹⁴²⁾ (Art. 170 tZGB). Vereinbart werden können außerdem Güterverbindung (Art. 191 ff. tZGB), Gütergemeinschaft (Art. 211 ff. tZGB), beschränkte Gütergemeinschaft (Art. 234, 235 tZGB) und Ehesteuer (Art. 236 tZGB). Ein beliebiger, frei ausgestalteter Güterstand kann nicht vereinbart werden.¹⁴³⁾ Abschluß, Abänderung, und Aufhebung des Ehevertrages bedürfen im türkischen Recht zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 173 tZGB),¹⁴⁴⁾ und die Eheverträge,

140) Überhaupt ist das Gebiet der güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten eines der am wenigsten behandelten und bearbeiteten des türkischen Rechts. Deshalb haben es Wissenschaft und Rechtsprechung bisher noch nicht unternommen, die Gesetzeslücken dieses Gebietes zu schließen. Nach Art. 4 EHVK kann der Richter bei Gesetzeskollisionen nach den Regeln des IPR verfahren; auch sind daher die Lücken nach den Regeln des IPR zu füllen, wobei der Richter nicht nur die türkische, sondern auch die ausländische Doktrin und Rechtsprechung zu berücksichtigen und in Anwendung von Art. 1 tZGB die Lücken zu schließen hat.

141) Zur gleichen Frage im französisch-deutschen Verhältnis, vgl. Ferid, in Intern. FamR. Dtl.u.Fr., S. 132/133.

142) Vgl. für das türkische Recht das Institut "Kalim": Timur, "Eski örfi hukukumuzda nisanlanma ve kalim müessesesi", in E. Mardin Armagani, Istanbul 1944, S. 1137 ff.; Saymen, Mihr-i müeccel im islamisch-türkischen Recht, S. 152. Vgl. auch über die Bevorzugung der Gütertrennung als gesetzlicher Güterstand in der Türkei: Saymen, a.a.O., S. 152; Velidedeoğlu, a.a.O., S. 117 ff.

143) Nach dem deutschen Recht ist dagegen auch die Wahl eines nicht im BGB geregelten Güterstandes zulässig, § 1409 BGB verbietet lediglich eine globale Verweisung.

144) Sowie der Unterschrift der Vertragsschließenden (und ihrer gesetzlichen Vertreter). Der Ehevertrag muß also vor einem Notar geschlossen werden. Außerdem muß der Vertrag im Güterregister beim Notar eingetragen und veröffentlicht werden, damit er gegenüber Dritten gilt (Art. 173 III, 237 und 240 tZGB).

die während der Ehe geschlossen werden, bedürfen überdies der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts (Art. 173 II tZGB). Auch im deutschen Recht kann der Ehevertrag vor der Ehe wie auch während der Ehe geschlossen werden (§ 1408 BGB). Nach diesem muß zwar der Ehevertrag vor einem Gericht oder vor einem Notar geschlossen werden,¹⁴⁵⁾ einer Zustimmung des Vormundschaftsgerichts bedarf er aber nicht (§ 1410 BGB). Es wird lediglich das Registergericht rein beurkundend tätig.

Die Vorschrift des Art. 173 II tZGB stellt dagegen einen Gestaltungsakt der freiwilligen Gerichtsbarkeit dar. Bevor man fragt, ob ein deutsches Vormundschaftsgericht für die Erteilung dieser Genehmigung international zuständig sein kann, ist die Frage zu prüfen, ob es sich hier nach Art. 173 II tZGB nicht nur um eine Formvorschrift handelt. Das wurde vom Kammergericht bejaht.¹⁴⁶⁾ Nach seiner Ansicht ist hierbei vom deutschen Rechtsbegriff der Form auszugehen. Dem ist jedoch entgegengehalten, daß es sich hier um die Auslegung eines türkischen Rechtssatzes handelt.¹⁴⁷⁾ Die Vorschrift bezweckt die Bewahrung der Ehegatten vor den Gefahren gegenseitiger Beeinflussung¹⁴⁸⁾ oder Überredung.¹⁴⁹⁾ Sie ist ein Gültigkeitserfordernis¹⁵⁰⁾ für den Ehevertrag. Auch RAAPE¹⁵¹⁾ meint, daß ein derartiges Schutzmittel, bestehend in der Mitwirkung und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, nicht mehr unter den Begriff der Form fällt. Im schweizerischen Recht ist sie ebenfalls nicht als Formvorschrift zu qualifizieren.¹⁵²⁾ Daß der Art. 173 tZGB den Randvermerk "III. Form des Ehevertrages" hat, ist kein genügender Grund dafür, ihn im ganzen als formelle Vorschrift zu qualifizieren.¹⁵³⁾ Auch im türkischen Recht ist es herrschende Meinung, daß es sich

145) Nach türkischem Recht nur vor dem Notar, Art. 173 tZGB.

146) KG IPRspr. 1933, Nr. 31 = JFG 10, 186.

147) Vgl. Wolff, IPR, S. 203, Fußn. 9.

148) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 15, Anm. C IV 2 c.

149) Besonders den Schutz der Ehefrau gegen Schädigung ihrer Interessen, vgl. Egger, Art. 181 RdNr. 4.

150) Vgl. Gmür, Art. 181 RdNr. 14; Schlatter, E., Die Änderung und Aufhebung des Güterstandes in ihren Wirkungen auf die Rechte Dritter, Diss. Zürich 1952, S. 112.

151) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 15 Anm. C IV 2 c.

152) So ausdrücklich Berner Komm., Art. 181 RdNr. 7; materielles Erfordernis des Zustandekommens des Vertrages; vgl. Egger, Art. 181 RdNr. 5, nach ihm bedürfen auch Verträge von Ausländern, die in der Schweiz wohnen, der Genehmigung; dagegen nicht die Verträge von im Ausland wohnhaften schweizerischen Eheleuten, sofern nicht das dortige Recht für den Abschluß auf das Heimatrecht verweist.

153) Vgl. Wolff, IPR, S. 203 Fußn. 9; Soergel-Kegel, Art. 15 RdNr. 22.

nicht lediglich um eine Formvorschrift handelt.¹⁵⁴⁾ Daher ist bei Maßgeblichkeit des türkischen Rechts der Art. 173 II tZGB auch in Deutschland anzuwenden und somit der Ehevertrag, den die türkischen Eheleute mit Wohnsitz in Deutschland während der Ehe abschließen, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedürftig. Wird nun von den im Ausland wohnenden türkischen Ehegatten bei dem heimatischen Vormundschaftsgericht um eine solche Genehmigung nachgesucht, so besteht zwar die Möglichkeit, eine internationale Zuständigkeit der türkischen Gerichte, also einen Gerichtsstand in der Türkei, zu begründen.¹⁵⁵⁾ Fraglich ist aber, ob das türkische Gericht einen Ehevertrag genehmigen kann, wenn die Ehegatten einen dem türkischen Recht fremden Güterstand vereinbart hatten. Wenden sich die türkischen Eheleute dagegen an das deutsche Vormundschaftsgericht, so taucht für dieses Gericht ein anderes Problem auf, wenn die türkischen Eheleute die Genehmigung eines Ehevertrages verlangen, dessen Güterstand im deutschen Recht unbekannt ist, zum Beispiel das Dotulrecht (Ehesteuer) nach Art. 236 tZGB. Das Hauptproblem liegt jedoch in der bereits oben angeschnittenen Frage, ob man hier allgemein verlangen kann, daß das deutsche Vormundschaftsgericht überhaupt eine Zustimmung für die Eheverträge der türkischen Eheleute (während der Ehe) erteilt, das heißt, ob dieser Akt des türkischen Rechts in den wesenseigenen Aufgabenbereich des deutschen Vormundschaftsgerichts fällt oder nicht.

Für die Eheverträge der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten, deren gesetzlicher Vertreter ein Vormund ist, sieht auch das deutsche Recht außer der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes vor, wenn der Ausgleich des Zugewinns ausgeschlossen oder eingeschränkt oder wenn Gütergemeinschaft vereinbart wird (§ 1411 I BGB). Diese Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ist ein obrigkeitlicher Akt, der in Ausübung der staatlichen Fürsorge vorgenommen wird und die Vertretungsmacht des Vormundes beschränkt,¹⁵⁶⁾ wobei das Vormundschaftsgericht das Mündels-

154) Vgl. Saymen, a. a. O., S. 157; Postacioglu, Evlenme mukaveleleri ve kari koca arasindaki anlasmalarin hakim tarafindan tasdiki lüzumunun hukuki mahiyeti, Istanbul, Huk.Fak.Mec., 1946, S. 1152 ff.; a. M.: Berki, a. a. O., S. 393.

155) Wobei man dies wie manche Autoren unmittelbar als einen Fall der "ahkâm-i şahsiye" des Art. 18 tZPO ansehen kann oder richtiger von der Zuständigkeit des Bedürfnisses oder von der Notzuständigkeit ableiten kann, da dieser Fall nicht zu den Fällen der ahkâm-i şahsiye zu zählen ist. (Ahkâm-i şahsiye = Personalstatut)

156) Vgl. Palandt-Lauterbach, § 1828 Anm. 1: Die Zuständigkeit richtet sich nach § 43 II FGG.

interesse und die Erhaltung des Familienfriedens zu beachten und die Zulässigkeit des Geschäftes zu prüfen hat.¹⁵⁷⁾ Nach Art. 173 II tZGB hätte das Vormundschaftsgericht nur dahin zu wirken, daß beide Parteien über die Folgen ihres Schrittes vollständig im klaren sind und keine die andere auf unlautere Weise beeinflußt. Dabei ist zu beachten, daß nicht immer die Ehefrau der schwächere und besonders zu schützende Teil ist.¹⁵⁸⁾ Nach ihren Zwecken sind also die Bestimmungen der beiden Rechte nicht wesensfremd, wenn auch gewisse Unterschiede vorhanden sind. Bei dem nach Art. 173 II tZGB erforderlichen Gestaltungsakt der Genehmigung handelt es sich um ein Gültigkeitserfordernis des während der Ehe geschlossenen Ehevertrages. Es genügt nicht, daß die beiden Ehegatten einig sind, den Vertrag abzuschließen. Hierin wird ein besonders manifestierter Ausdruck der Bevormundungstendenz des tZGB erblickt.¹⁵⁹⁾ Es handelt sich also um eine Durchsetzung des Familienrechts mit öffentlichrechtlichen Normen,¹⁶⁰⁾ und die Zustimmung (als Gültigkeitserfordernis des während der Ehe geschlossenen Vertrages) des Vormundschaftsgerichts ist vorgesehen, um die Ehe als solche von Staats wegen zu schützen. Dem deutschen Recht ist eine staatliche Beeinflussung der Ehe in diesem Umfang zwar fremd, aber auch dort hat das Familienrecht öffentlich-rechtliche Seiten (seine Vorschriften haben zum Teil sogar gleichen Wortlaut wie die des tZGB); so in der Mitwirkung des Standesbeamten bei der Eheschließung und der Gerichte bei der Erteilung von Ehedispensen etc. Im Vermögensrecht können vertragliche Abmachungen der Ehegatten ihre güterrechtlichen Beziehungen näher ausgestalten, aber auch das nur im gesetzlich gezogenen Rahmen.¹⁶¹⁾ Dieser Rahmen ist zwar im deutschen Recht breiter als im türkischen gezogen, diese Tatsache reicht aber nicht aus, die in Art. 173 II tZGB vorgesehene Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts dem deutschen Recht als wesensfremd zu erklären. Zum Beispiel handelt es sich auch bei dem § 1411 BGB um eine Einmischung des Staates in die Familienverhältnisse zum Schutze der Ehe, so daß die Genehmigung nach Art. 173 II tZGB durch das deutsche Vormundschaftsgericht dem Aufgabenbereich des deutschen Vormundschaftsgerichts nicht wesensfremd, und auch der deutsche Vormundschaftsrichter fähig ist, diese Genehmigung zu erteilen.

157) Vgl. Palandt-Lauterbach, § 1828 Anm. 2.

158) Vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 181 RdNr. 22-23; Egger, Art. 181 RdNr. 6.

159) Vgl. Egger, Art. 181 RdNr. 4.

160) Vgl. Egger, Einleitung, RdNr. 30.

161) Vgl. Beitzke, Familienrecht, S. 3.

Ist nun die Frage bejaht, das heißt, kann das deutsche Vormundschaftsgericht die nach dem maßgebenden türkischen Recht erforderliche Zustimmung erteilen, so taucht die weitere Frage für den deutschen Richter auf, ob er diese Zustimmung auch für die Eheverträge erteilen kann, deren Güterstände dem deutschen Recht fremd sind oder widersprechen. Im deutsch-türkischen Verhältnis kann der deutsche Richter vor der Frage stehen, ob er zum Beispiel einem Ehevertrag zustimmen kann, in dem die Ehegatten die Güterverbindung vereinbart haben (Art. 191 ff. tZGB). Eine Wesensfremdheit bezüglich der Güterstände des türkischen und deutschen Rechts besteht hier nicht. Auch mit einem Verstoß gegen den deutschen *ordre public* ist hierbei nicht zu rechnen.

3. Ausschlagung einer Erbschaft nach Art. 200 und 214 tZGB

Zu einer ähnlichen Spannung führt auch die Anwendung der Art. 200 und 214 tZGB. Nach Art. 200 I kann die Einwilligung des Ehemannes zur Ausschlagung einer Erbschaft der Ehefrau durch die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts ersetzt werden, wenn der Ehemann sie verweigert.¹⁶²⁾ Hier handelt der Richter nicht als Organ der Fürsorge für eine handlungsunfähige oder beschränkt handlungsfähige Person, sei es der Ehefrau, sei es des Ehemannes, sondern steht ähnlich wie ein Richter zwischen zwei handlungsfähigen Ehegatten, die die Verantwortung für ihren Entschluß auch dann selbst tragen, wenn ihm die Vormundschaftsbehörde beipflichtet.¹⁶³⁾ Das deutsche Recht hat die gleiche Frage in seinem aufgehobenen § 1406 BGB anders gelöst. Die Ehefrau konnte ohne Einwilligung des Mannes annehmen oder ausschlagen. Heute ist bei der Gütergemeinschaft ausdrücklich geregelt (§ 1432 n.F. BGB), daß der Ehegatte, der das Gesamtgut nicht verwaltet, die freie Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft hat. Das türkische Recht sieht in Art. 214 tZGB für die Gütergemeinschaft nicht nur bei der Erbschaftsausschlagung der Frau, sondern auch bei der des Ehemannes die Einwilligung des anderen Ehegatten und bei ihrer Verweigerung eine vormundschaftsgerichtliche Ersetzung vor. Weder die nach Art. 200 noch die nach Art. 214 tZGB erforderliche Tä-

162) Der Ausschlagung einer Erbschaft steht der Abschluß eines Erbvertrages nicht gleich, durch den die Ehefrau auf ihr Erbrecht gegenüber einem Dritten verzichtet. Der Vertrag ist auch ohne Einwilligung des Ehemannes gültig, vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 204 RdNr. 26.

163) Anders im Falle des Art. 406 Nr. 5 tZGB, bei der Annahme und der Ausschlagung der Erbschaft eines Bevormundeten, vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 204 RdNr. 15.

tigkeit ist dem deutschen Recht wesensfremd und liegt jenseits der Fähigkeit des deutschen Richters. Die eben erwähnte, in § 1432 BGB geregelte Tätigkeit des deutschen Vormundschaftsgerichts und die bereits früher besprochene des § 1365 BGB sind der in Art. 200 und 214 tZGB erforderlichen Tätigkeit gleichartig.

C. Schutz der Ehe nach Art. 161-169 tZGB und die Anwendung in Deutschland

I. Einleitung

Das Statut der persönlichen Ehwirkungen ist auch für die Pflichten aus der ehelichen Lebensgemeinschaft maßgebend. Darüber, ob aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ein klagbarer Anspruch erwächst und ob dieser Anspruch durchsetzbar ist, entscheidet ebenfalls dieses Statut.¹⁶⁴⁾ Sind beide Ehegatten oder bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehemann (Ausnahme Art. 14 II EGBGB) türkische Staatsangehörige, so kommt das türkische Recht zur Anwendung.

II. Das materielle türkische Recht

Im Untertitel "E. Schutz der Gemeinschaft" gewährt¹⁶⁵⁾ die türkische Rechtsordnung der Ehe einen besonderen Schutz (Art. 161-169 tZGB).¹⁶⁶⁾ der nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag einsetzt und einerseits unmittelbar die Ehegatten schützen soll (Art. 161, 163 tZGB), andererseits aber auch die

164) Vgl. Palandt-Lauterbach, Art. 14 Anm. 4a; Soergel-Kegel, Art. 14 RdNr. 13, 14; Frankenstein, IPR, III, S. 267 und Fußn. 166.

165) Das türkische Recht verneint die Pflicht zur Lebensgemeinschaft nicht, so daß man mit einem Eingreifen des deutschen ordre public rechnen muß (vgl. KG DR 1939, 938 Dölle, ZAIP 16 (1951), 370/371).

166) Vgl. Egger, Art. 169 RdNr. 2: "Schon die einläßliche Regelung der persönlichen Gemeinschaft selbst (159-161 ZGB), der Stellvertretungsverhältnisse (162-164 ZGB), der Berufs- oder Gewerbeausübung durch die Frau (167 RdNr. 5 und 9 ZGB), das Verbot der Betreibung unter Ehegatten (Art. 173-176 ZGB), das Interzessionsverbot (Art. 177 RdNr. 18) und ebenso die Regeln über die richterliche Gütertrennung (Art. 183 Nr. 1 ZGB) und den Arbeitserwerb der Frau (191-192 ZGB) betreuen die eheliche Gemeinschaft."

eheliche Gemeinschaft vor dem Zerfall retten will, vor allem dadurch, daß das zeitweilige Getrenntleben eine angemessene Regelung erfährt.¹⁶⁷⁾ Nach Art. 161 tZGB kann jeder Ehegatte, der seine Ehe gefährdet sieht, bei jeder Störung welcher Art sie immer sei, den Richter um Hilfe angehen, um den ehelichen Frieden wiederherzustellen oder um eine bereits vorhandene Zerrüttung zu heilen.¹⁶⁸⁾ Die Wirkungen des Art. 161 tZGB können sich jedoch nur gegen den schuldigen Ehegatten richten; gegen den Dritstörer läßt der Art. 161 tZGB keine Sanktionen zu. Auch gegen den Gatten führt er nicht immer zu einem vollen Erfolg, da die eheliche Gesinnung unter den Ehegatten nicht erzwungen werden kann. Die eheliche Pflichterfüllung bedarf vor allem der inneren, geistigen und seelischen Bereitschaft; dies kann vom Recht, das sich seinem Wesen nach nur mit äußeren menschlichen Vorgängen befaßt, nicht zwangsweise durchgesetzt werden. Der Eingriffsbereich des türkischen Rechts ist aber jedenfalls größer als der des deutschen, soweit es sich um Maßnahmen gegenüber dem anderen Ehegatten handelt.¹⁶⁹⁾ Das Ehwirkungsstatut entscheidet auch darüber, ob die eben besprochenen Schutzmaßnahmen (zum

167) Vgl. Egger, Art. 169 RdNr. 2.

168) Art. 478 tStGB stellt eine Behandlung von Familienangehörigen, die mit einer gerechten Behandlungsweise unvereinbar ist, sogar unter Strafe. Vgl. auch dazu Dönmezer, Ceza Hukuku, hususi kisim, 2. Aufl., Istanbul 1953, S. 109 ff.

169) Art. 161 tZGB schränkt das Ermessen des Richters auf die "vom Gesetz vorgesehenen Maßnahmen" ein. Darunter fallen zunächst die in Art. 162 und 163 ausdrücklich genannten, also die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes, die Beiträge zum Unterhalt des Ehegatten bei aufgehobenen gemeinsamen Haushalt und die Anweisung an die Schuldner, künftig nicht mehr an den schuldigen Ehegatten zu zahlen, aber auch alle weiteren Maßnahmen, die nach Auslegung (Art. 1 I tZGB) durch diese Bestimmungen gedeckt sind (vgl. Lemp, Berner Komm. Art. 169 RdNr. 17). Vor allem soll der Richter den schuldhaft pflichtvergessenen Ehegatten an seine Pflicht gemahnen (Art. 161 II tZGB). Saymen, a. a. O., S. 146 Fußn. 128, und Egger, Art. 169 RdNr. 6, sind der Ansicht, daß der Richter ohne Fristandrohung sofort die richterlichen Verfügungen treffen kann, wenn Gefahr im Verzug ist oder die Mahnung sich infolge der bestimmten Weigerung einer Partei als zwecklos erweist. Dagegen Veli-dedeoglu, Medeni Hukuk, Bd. II, S. 106; Tem. 2, HD. 27.5.1942 E 2951/K 3078 (Olgaç, Bd. I m. 161 No: 1046, S. 322).

Beispiel eine Herstellungsklage) gerichtlich durchgesetzt werden können.¹⁷⁰⁾ Das demnach maßgebende türkische Recht sieht eine solche Durchsetzbarkeit nicht vor.¹⁷¹⁾

Im türkischen Recht wird der gerichtliche Schutz des Ehegatten nicht im streitigen Verfahren wie im deutschen Recht (§ 1353 I BGB i. V. m. § 606 I ZPO), sondern im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewährt.¹⁷²⁾ Das OLG Stuttgart¹⁷³⁾ wies daher die Herstellungsklage eines Schweizers ab, da das schweizer Recht für die Herstellung nur ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zulasse.¹⁷⁴⁾ Entgegen dieser Ansicht ist jedoch in Deutschland eine Herstellungsklage zulässig, wenn im Ausland der Anspruch nicht im streitigen Verfahren, sondern im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit verwirklicht wird.¹⁷⁵⁾

Fraglich bei der Anwendung des türkischen Rechts (der Art. 161 ff. tZGB) durch den deutschen Richter ist außerdem, ob etwa die Maßregeln als solche dem deutschen Recht wesensfremd sind und deshalb nicht angewandt werden können.

170) Vgl. Dölle, ZAIP 16 (1951), 371; ders., in Intern. FamR. Dtl.u.Fr., S. 74.

171) Nach Kegel, bei Soergel Art. 14 RdNr. 14, und Frankenstein, IPR, Bd. III, S. 267, ist die Herstellungsklage in Deutschland nicht zulässig, wenn das maßgebende Recht einen Herstellungsanspruch zwar kennt, nicht aber dessen gerichtliche Durchsetzung. Unter gerichtlicher Durchsetzung wird dabei jedoch lediglich verstanden, daß der Berechtigte sich überhaupt an das Gericht wenden kann. Da die Unvollstreckbarkeit von Herstellungsurteilen auch dem deutschen Recht bekannt ist (§ 888 II ZPO), wird dieser Unterschied zwischen der Möglichkeit bloßer gerichtlicher Geltendmachung und zwangsweiser Durchsetzung aber im Verhältnis zum türkischen Recht nicht erheblich.

172) Vgl. Lewald, IPR, S. 92, er hat Bedenken, ob diese Annahme (nach dem schweizerischen Recht) richtig ist.

173) Vgl. OLG Stuttgart WürttZ 24, SprBeil. 80 (JDR 23, 442).

174) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 14 Anm. B II 2 e; auch nach ihm kann diese Hilfe vom deutschen Richter nicht gewährt werden, da das deutsche Recht gerichtliche Akte dieser Art nicht kennt.

175) h. M.; vgl. Soergel-Kegel, Art. 14 RdNr. 14; Palandt-Lauterbach, Art. 14 Anm. 1 und 4 a; Dölle, ZAIP 16 (1951), 371; Frankenstein, IPR, Bd. III, 270; KG JW 1936, 247 m. Anm. Süß.

1. Das könnte einmal für die Maßnahme nach Art. 162 tZGB bei der Entscheidung über die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes in Betracht kommen. Diese Maßnahme des Art. 162 bezweckt aber ausschließlich den Schutz der ehelichen Gemeinschaft, steht also außerhalb des Scheidungsrechts und ist kein Bewährungsmittel.¹⁷⁶⁾ Wäre eine richterliche Bewilligung nicht nötig, so wären Art. 162 I tZGB und § 1353 II BGB inhaltsgleich.¹⁷⁷⁾ Eine gerichtliche Genehmigung des Getrenntlebens gibt es aber auch im deutschen Recht im Wege der negativen Feststellungsklage, der Abweisung der Herstellungsklage oder als einstweilige Anordnung des § 627 ZPO in einem Ehestreit.¹⁷⁸⁾ Die richterliche Anordnung des Getrenntlebens im Sinne des Art. 162 tZGB ist daher dem deutschen Recht nicht wesensfremd, da auch die deutschen Gerichte ähnliche Entscheidungen nach dem deutschen Recht treffen können.
2. Die in Art. 165 tZGB vorgesehene Eheschutzmaßnahme, das Verbot der Zwangsvollstreckung unter Ehegatten,¹⁷⁹⁾ ist aber dem deutschen Recht unbekannt.¹⁸⁰⁾ Diese Bestimmung enthält zwar weitgehend zwingendes Recht, ist jedoch in Deutschland nicht anzuwenden, da es sich um eine verfahrensrechtliche Bestimmung handelt. Das gleiche gilt umgekehrt in der Türkei, so daß eine Zwangsvollstreckung unter Ehegatten auch bei der Anwendbarkeit des deutschen Rechts unzulässig ist, da Art. 165 I

176) Egger, Art. 170 RdNr. 1.

177) Vgl. Palandt-Lauterbach, § 1353 Anm. 4. Aus dem Sinn des § 1353 II BGB ergibt sich nämlich unter gewissen Voraussetzungen eine Befugnis zum Getrenntleben.

178) Unter ganz besonderen Umständen auch bei Abweisung der Scheidungsklage, vgl. BGH LM EheG § 48 II Nr. 27; Palandt-Lauterbach, § 1353 Anm. 4; RGZ 150, 70.

179) Die behördliche Anwendung dieses Verbotes ist in der Praxis sehr selten. Z.B. hat sich in der Schweiz bei den Betreibungsämtern aller Kantone ergeben, daß die Zahl der Betreibungsbegehren, die vom Betreibungsamt als gegen das Verbot des Art. 173 I ZGB verstoßend abgelehnt werden mußten, sich pro Jahr und Betreibungskreis durchschnittlich auf 0 - 1 Fall beläuft (Isler, Eugen, Das Verbot der Zwangsvollstreckung unter Ehegatten nach dem schweiz. ZGB, Diss. Zürich 1950, S. 94.)

180) Isler, a. a. O., S. 92: "Dieses Rechtsinstitut ... ist - soviel wir feststellen könnten - im schweiz. Recht allein stehend."

tZGB als eine um die öffentliche Ordnung und Sittlichkeitswillen aufgestellte Norm zu betrachten ist (dies ergibt sich aus der zwingenden Natur des Verbotes¹⁸¹⁾) und eine im tZGB statuierte Verfahrensnorm darstellt.¹⁸²⁾

III. Die Ehestörungsklage

Hat der deutsche Richter türkisches Recht anzuwenden, so kann er einer Klage auf Unterlassung von Ehestörungen gegen Dritte¹⁸³⁾ nicht stattgeben, da das türkische Recht diese Dinge nicht kennt.

181) Aus der zwingenden Natur dieses Verbotes ergibt sich ferner, daß die Ehegatten nicht etwa durch Vereinbarung auf seine Geltendmachung verzichten können.

182) Eine Betreibungshandlung, der gemäß Art. 165 I tZGB die Nichtigkeit anhaftet, kann einerseits vom betroffenen Ehegatten selbst durch Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde aufgehoben werden, andererseits ist sie auch von Amts wegen aufzuheben, wenn der Betreibungsbeamte nicht bereits das vom betreibenden Ehegatten gestellte Betreibungsverfahren als unzulässig zurückgewiesen hat. Daß hier bei der Geltendmachung des Verbotes seitens des betriebenen Ehegatten der Beschwerdeweg, und nicht etwa das Mittel des Rechtsvorschlages, benutzt werden muß, erhellt ohne weiteres aus der Tatsache, daß es sich bei einer derartigen Verfügung des Betreibungsamtes nicht um die Verletzung eines Zivilrechtssatzes, sondern einer betreibungsrechtlichen Verfahrensnorm, die allerdings im tZGB statuiert ist, handelt. Vgl. Isler, a. a. O., S. 21; Blumenstein, E., Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, S. 152; Egger, Art. 173 RdNr. 7; Gmür, Art. 173 RdNr. 3; BGE 40 III 7; 53 III 152.

183) Im deutschen Recht umstritten, bejahend Beitzke, Familienrecht, S. 49; Boehmer, Die Ehestörungsklage, FamRZ 1955, 7 und: Die neueste Rechtsprechung zur Ehestörungsklage, FamRZ 1957, 196; ders.: Zur Frage der Unterlassungs- und Schadensersatzklage bei Ehestörungen, JZ 1953, 745 ff. Das RG hatte solche Klagen abgelehnt, da der strafrechtliche Schutz der §§ 172, 185 StGB ausreiche (RG DR 1941, 738); mit Einschränkung zustimmend auch BGH, BGHZ 6, 360; verneinend Wolff bei Dölle, Familienrecht, S. 374 und die dort in Fußn. 22 angegebene Literatur. Zur Kritik siehe: Boehmer, JZ 1953, 745 ff.; Reinicke, Buchbesprechung von Palandt, 16. Aufl. in: NJW 1957, 702; Paulick, Buchbespr. für Enneccerus-Kipp-Wolff, 14. Aufl., in FamRZ 1959; LG Aachen, FamRZ 1957, 213.

Im umgekehrten Fall, wenn also der türkische Richter deutsches Recht anzuwenden hat, kann der türkische Richter solchen Klagen nur stattgeben, wenn sie dem türkischen Recht wenigstens nicht wesensfremd sind. Art. 161 tZGB läßt keine Sanktionen gegen den Dritbstörer zu, sondern nur gegen den anderen Ehegatten. Weder im türkischen Familienrecht noch im Strafrecht gibt es ausdrückliche Vorschriften, die es erlauben, gegen von außen her die Ehe gefährdende Störungen vorzugehen.¹⁸⁴⁾ Hier liegt im türkischen Recht eine gewisse Lücke der Eheschutzgesetzgebung. Diese Lücke wird in der Schweiz durch die Anwendung des Art. 28 ZGB i.V.m. Art. 49 OR auszufüllen versucht.¹⁸⁵⁾ Somit ergibt sich als Nebenwirkung auch der Schutz der Ehe und zwar "präventiv, indem jeder Dritbstörer eine Schadensersatz- oder Genugtuungsklage riskiert, oder repressiv, indem mit der Unterlassungsklage das ehestörerische und persönlichkeitsverletzende Verhalten" beseitigt wird.¹⁸⁶⁾

Auch bei geschiedener Ehe¹⁸⁷⁾ gibt die schweizerische Praxis aufgrund von Art. 49 OR dem beleidigten Ehegatten einen Anspruch gegen den Dritten, der

184) Die in Art. 478 tStGB vorgesehene Bestimmung sieht für das schlechte Behandeln der Familienangehörigen innerhalb der Familie eine Strafe vor, wenn diese Behandlung mit einer richtigen Behandlungsweise unvereinbar ist. Damit ist aber immer noch nicht ein Schutz gegen den Dritbstörer vorgesehen (Dönmezer, S. Ceza Hukuku, Hususi Kisim, 2. Aufl., Istanbul 1953, S. 109 ff.). Hier werden die Familienangehörigen nur vor dem Familienoberhaupt, z.B. dem Vater (Art. 152 tZGB) geschützt, und die Strafe ist für ihn vorgesehen.

185) Siehe darüber: Padrutt, Die Ehestörungsklage, Bern 1954 (Abh. z. schweizerisch. R. n.F. 309); Lemp, Berner Komm. Art. 159 RdNr. 18; Genugtuungsanspruch bei Verletzung des Familienlebens durch unzulässige Beziehungen zur Ehefrau eines Freundes (BGE 43 II 323).

186) Vgl. Padrutt, a.a.O., S. 11; hier möchte Padrutt davon ausgehen, daß die Dritteingriffe sich jeweils gegen einen Gatten richten und damit dessen Persönlichkeit verletzen. Diese Fragestellung hänge mit der Erkenntnis zusammen, daß die Ehe auf dem Persönlichkeitsgedanken beruht (so auch Egger, Vorbem. zur Ehescheidung, RdNr. 14) und die Entfaltung der Persönlichkeit ihr wesentlicher Zweck ist; (vgl. auch Boehmer, FamRZ 1955, 7 ff./8).

187) Auch bei der Scheidung wegen Ehebruchs sieht das türkische Recht keine zivilrechtliche Folge für den Dritten als Ehebrecher vor, obwohl für den des Ehebruchs schuldigen Ehegatten ein befristetes Eheverbot - Strafwartefrist nach Art. 142 tZGB - vorgesehen ist.

sich des Ehebruchs mitschuldig macht oder sonst durch Anknüpfung und Unterhaltung eines Liebesverhältnisses mit einem Ehe teil die Zerrüttung der Ehe herbeigeführt hat,¹⁸⁸⁾ wobei zur Klage Art. 151 ZGB herangezogen wird, die dem unschuldigen Ehegatten gegenüber dem schuldigen nach der Scheidung einen Anspruch auf Genugtuung und Schadensersatz gewährt.

Diese Klage unter Ehegatten bei Auflösung der Ehe ist auch dem türkischen Recht in Art. 143 tZGB bekannt (wegen Verletzung in den persönlichen Verhältnissen). Auch nach Art. 143 tZGB i. V. m. Art. 49 tOR kann in diesen Fällen im türkischen Recht der Drittstörer auf Schadensersatz oder Genugtuung verklagt werden. Soweit ist eine Ehestörungsklage, die nach der Auflösung der Ehe erfolgt, dem türkischen Recht nicht als wesensfremd, nicht einmal als fremd anzusehen. Das schweizerische Recht und das türkische Recht regeln dies für Streitigkeiten unter den Eheleuten ausdrücklich (Art. 151 ZGB und Art. 143 tZGB), während es im deutschen Recht umstritten ist.¹⁸⁹⁾

Ob aber die Ansprüche des deutschen Rechts, die das türkische Recht nur in ähnlicher Form im Fall der Scheidung kennt, in der Türkei von dem das deutsche Recht handhabenden türkischen Richter anzuwenden sind, wenn ein solcher Anspruch während der Ehe erhoben wird, ist fraglich, weil eine Klage auf Schadensersatz, Genugtuung oder Unterlassung gegen den Dritten während der Ehe dem türkischen Recht unbekannt ist.

Da die entsprechenden Artikel des schweizerischen Rechts (Art. 151, 28 ZGB und Art. 49 OR) genau ins Türkische übersetzt sind (Art. 143, 21 tZGB und Art. 49 tOR),¹⁹⁰⁾ kann angenommen werden, daß immerhin für den türkischen

188) Vgl. BGE 43 II 309; Egger, Art. 151 RdNr. 11; Hinderling, a. a. O., S. 56; Essener, a. a. O., S. 69; SchJZ 23, 332.

189) Hier könnte sogar für einen deutschen Richter fraglich werden, ob diese Ansprüche aus Art. 151 ZGB (= 143 tZGB) dem deutschen Recht fremd und bei Maßgeblichkeit des türkischen Rechts überhaupt anwendbar sind. Diese Ansprüche sind jedoch ohne Bedenken dem deutschen Recht als wesensgleich zu erachten, da sie heute auch im deutschen Recht überwiegend anerkannt werden. Vgl. Wolf bei Dölle, Familienrecht, S. 373 und die dort in Fußn. 15-17 angegebene Literatur.

190) Vgl. zur Klage während der Ehe: BGE 43 II 323; Verletzung des Familienlebens durch Ehebruch: BGE 35 II 575; Bern. JZ 23, 332 Nr. 67; Zürich. JZ 24, 11 Nr. 1; BIZür 3 Nr. 194.

Richter die Möglichkeit besteht, über Art. 1 II tZGB auf das schweizerische Recht und dessen Doktrin zurückzukommen und die im türkischen Recht heute noch vorhandene Lücke ebenso wie im schweizerischen Recht zu schließen. Wird nun die Klage von einem Deutschen erhoben und ist das deutsche Recht maßgebend, so soll der türkische Richter doch über diese Klage entscheiden können, da es sich hier nicht um eine dem türkischen Recht wesensfremde Tätigkeit handelt. Das schweizerische Recht anerkennt diese Klage in ihrem dem türkischen Recht gleichartigen System; bei der Scheidung ist auch der türkische Richter in der Lage, eine solche Entscheidung zu treffen. Auch mit einem Eingreifen des türkischen *ordre public* ist nicht zu rechnen, da auch diese Klage den Schutz der Ehe und des einzelnen Ehegatten bezweckt, und ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht vorliegt. Ein Schadensersatzanspruch gegen den anderen Ehegatten¹⁹¹⁾ würde ebenfalls nicht gegen den türkischen *ordre public* verstoßen. Das Urteil wäre aber unvollstreckbar, da das tZGB in Art. 165 ausdrücklich die Zwangsvollstreckung unter Ehegatten verbietet¹⁹²⁾ und als *lex fori* türkisches Prozeßrecht maßgebend ist.

191) OLG Karlsruhe, FamRZ 1961, 375.

192) Ausnahmen:

- a) In Art. 166 tZGB bei der Schuldbetreibung von dritter Seite gegen einen Ehegatten. Hier ist der andere Ehegatte befugt, sich für seinen Anspruch der Pfändung anzuschließen oder sich am Konkurs zu beteiligen.
- b) In Art. 167 tZGB, wenn die Gläubiger des einen Ehegatten bei der Zwangsvollstreckung in dessen sonstiges Vermögen keine Befriedigung erlangen, so werden dessen Ansprüche gegen den anderen Ehegatten fällig und können gepfändet werden.
- c) In Art. 168: Zur Durchführung der durch Gesetz oder Urteil angeordneten Gütertrennung (Art. 172) ist die Zwangsvollstreckung ohne Beschränkung zulässig. Nach Abs. II des Art. 168 gilt dies auch für Unterhaltsbeiträge, die dem einen Ehegatten gegenüber dem anderen durch den Richter auferlegt worden sind (Art. 162 III tZGB).

Fünfter Teil

SCHEIDUNG UND TRENNUNG VON TISCH UND BETT

I. Allgemeines

1. Maßgebendes Recht

In Deutschland gilt der Grundsatz des Art. 17 EGBGB. Danach ist das Recht des Ehemannes zur Zeit der Klageerhebung maßgebend.¹⁾ Abs. III dieses Artikels sieht eine Ausnahme für die zur Zeit der Entscheidung die deutsche Staatsangehörigkeit besitzende Frau vor; in diesem Fall kommt das deutsche Recht zur Anwendung; das für diesen Komplex maßgebende Statut ist also wandelbar.

Im türkischen Recht ist die Frage nach dem maßgebenden Statut umstritten. Nach einer Ansicht²⁾ ist das gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten anzuwenden. Haben die Ehegatten verschiedene Staatsangehörigkeit, so ist das Recht des Klägers, ist einer von den beiden türkischer Staatsangehöriger, so ist das türkische Recht maßgebend.³⁾ Die andere Ansicht erklärt bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten das Heimatrecht des betreffenden Ehegatten für maßgebend, der zu dem gleichen Staat wie das Gericht gehört, bei welchem die Klage erhoben worden ist. Dies gilt für die Scheidung überhaupt wie auch für die Scheidungsgründe.⁴⁾ Bei gemeinsamer Staatsangehörigkeit der Ehegatten ist das Heimatrecht zusammen mit der *lex fori* maßgebend.⁵⁾

1) Diese Vorschrift gilt auch nach dem Inkrafttreten des Art. 3 II GG weiter, so BGH v. 18.1.1954, BGH NJW 1954, 837; Soergel-Kegel, Art. 17 RdNr. 16-18; ZAIP 25 (1960), 341, Ehescheidung.

2) Seviğ, DHH, S. 486 Nr. 515.

3) Ders., DHH, S. 488 Nr. 517.

4) Vgl. Berki, DHH, 364; Tem. 2.HD. v. 14.10.1943 Nr. 4284; Tem. 2.HD. v. 18.6.1946, Nr. 2897 in "Berki-Ergüney", S. 35-36; Tem. 2.HD. hat in seinem Entscheid vom 28.10.1950 Nr. 5045 das Recht des Eheschließungsortes auch für die Scheidung dieser Ehe für maßgebend erklärt. Berki, DHH, S. 367, kritisiert diesen Entscheid und neigt diesmal dem "Wohnsitzrecht" zu.

5) Vgl. Berki, DHH, S. 361-369; Tem. 2.HD. v. 20.10.1945 Nr. 4886. Nach Art. 76 tZGB muß der Richter von Amts wegen die türkischen Gesetze anwenden. Wird die Anwendung eines ausländischen Gesetzes...

2. Zuständigkeit

a) Zuständigkeit der deutschen Gerichte

Besitzt einer der Ehegatten die deutsche Staatsangehörigkeit,⁶⁾ so ist die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte in Ehesachen immer gegeben (§ 606 ZPO). Ob das Urteil in der Türkei anerkannt wird, ist ohne Belang. Besitzen aber beide Eheleute türkische Staatsangehörigkeit, so sind die deutschen Gerichte nicht mehr zuständig, da in diesem Fall die nach § 606 b Nr. 1 ZPO nötige Anerkennung seitens der Türkei fehlt.⁷⁾ Eine Klage ist also als unzulässig abzuweisen.⁸⁾

b) Die Zuständigkeit der türkischen Gerichte

Die Zuständigkeit der türkischen Gerichte ist nach herrschender Meinung⁹⁾ immer gegeben, wenn einer der Ehegatten türkischer Staatsangehöriger ist (Art. 18 i. V. m. Art. 540 Nr. 4 tZPO). Anderfalls ist die Zuständigkeit der türkischen Gerichte erst dann gegeben, wenn

... textes erforderlich, muß die Partei ihn beweisen, die sich darauf stützt. Kann das ausländische Recht nicht bewiesen werden, so ist das türkische Recht anzuwenden. - Nach einer Entscheidung des Kassationshofes (2. HD. v. 26.5.49 Nr. 2980):

- a) hat der Richter von den Parteien, nötigenfalls von den türkischen Auslandsvertretungen nach den ausländischen Bestimmungen zu fragen und
- b) hat die Partei es auch zu beweisen, daß sie die ausländischen Vorschriften nicht beweisen kann, wenn sie sich auf das ausländische Gesetz stützt.

Als ausländisches Recht sind nicht nur das ausländische Gesetz, sondern auch die ausländische Doktrin und Rechtsprechung zu verstehen (Berki, DHH, S. 310; Seviğ, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilafi Kaidelerinin Sentezi, S. 21). Die Bestimmung des Art. 76 tZPO gilt auch für die Fälle, in denen die Parteien eine Rechtsverweisung der maßgebenden ausländischen Kollisionsnorm auf das türkische Recht und dadurch die Maßgeblichkeit des materiellen türkischen Rechts behaupten (Tem. 2. HD. 1.1.1944 Nr. 460; Berki, DHH, S. 311).

6) Vgl. über die Staatsangehörigkeit der Ehefrau, S. 42 f.

7) Vgl. Berki, DHH, S. 550; Seviğ, DHH, S. 442, Nr. 451.

- aa) die Parteien es gemeinschaftlich beantragen
- bb) der Prozeß vom Ausgang eines bei einem türkischen Gericht anhängigen Rechtsstreits abhängig ist oder
- cc) nach der Rechtsprechung des türkischen Kassationshofes¹⁰⁾
 - 1) der türkische ordre public es fordert
 - 2) oder die Notwendigkeit besteht, daß türkische Gerichte in die Sache eingreifen.¹¹⁾

II. Die Anwendung des türkischen Ehescheidungsrechts in Deutschland

Da der deutsche Richter trotz der gegebenen Nichtanerkennung deutscher Scheidungsurteile durch die Türkei in die Lage kommen kann, türkisches Scheidungsrecht anwenden zu müssen (so etwa, wenn der türkische Ehemann gegen seine Frau klagt, die nicht türkische, sondern deutsche oder die Staatsangehörigkeit eines dritten Staates hat), ist es erforderlich, das materielle türkische Scheidungsrecht zu schildern und seine Anwendung durch den deutschen Richter zu prüfen.

- 1. Das materielle türkische Recht und seine Anwendung durch den deutschen Richter
 - a) Gegenüberstellung der Scheidungsgründe der beiden Rechtsordnungen im Lichte des Art. 17 IV EGBGB

Nach Art. 17 IV EGBGB kann in Deutschland aufgrund eines ausländischen Gesetzes auf Scheidung nur erkannt werden, wenn sowohl nach dem ausländischen als auch nach dem deutschen Gesetz die Scheidung zulässig sein würde. Diese Kummulierung der Scheidungsgründe wird auch im türkischen IPR gefordert.¹²⁾

Die beiden Rechte unterscheiden sich in folgenden Fällen voneinander:

- aa) Im allgemeinen Scheidungsgrund der Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses nach Art. 134 tZGB und dem Scheidungsgrund des § 43 EheG des deutschen Rechts.

-
- 8) Vgl. hierzu AG Dresden, Beschl. v. 6.10.1930 StAZ 1931, 337.
 - 9) Vgl. Berki, DHH, S. 550; Seviğî, DHH, S. 442 Nr. 451.
 - 10) Vgl. Tem. 2.HD. v. 30.2.1951 E 7168/K 7493 in Berki-Ergüney, S. 107.
 - 11) Wenn es etwa durch eine Entscheidung - oder Bestimmung - der Türkei für die Beteiligten unmöglich ist, ihre Klage im Ausland zu erheben; z.B., wenn ihnen die Ausreise verboten ist. Vgl. Tem. 2.HD. 6.4. 1945 E 37/K 1922 in Berki-Ergüney, S. 115.
 - 12) Vgl. Berki, DHH, S. 369.

Nach Art. 134 tZGB kann jeder Ehegatte auf Scheidung klagen, wenn das eheliche Verhältnis tief zerrüttet ist und die Störung ein solches Ausmaß angenommen hat, "daß den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf".¹³⁾ Die entsprechende Bestimmung des deutschen Rechts findet sich in § 43 EheG. Diese deckt sich aber nicht ganz mit der des Art. 134 tZGB.¹⁴⁾ Im türkischen Recht ist ein Verschulden des Beklagten an der tiefen Zerrüttung nicht Voraussetzung für die Scheidung nach Art. 134 tZGB.¹⁵⁾ Nach § 43 EheG kann ein Ehegatte nur dann die Scheidung begehren, wenn der andere durch eine schwere Eheverfehlung oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten die Ehe schuldhaft so tief zerrüttet hat, daß die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht mehr erwartet werden kann.¹⁶⁾ Da der deutsche Richter die Scheidung bei Maßgeblichkeit des türkischen Rechts nur aussprechen kann, wenn die Voraussetzungen des türkischen wie des deutschen Gesetzes erfüllt sind, ist die Bestimmung des Art. 134 tZGB, nach dem Verschulden nicht erforderlich ist,¹⁷⁾ für sich allein nicht anwendbar, weil sie den in § 43 EheG¹⁸⁾ geforderten Tatbestand nicht voll umfaßt.¹⁹⁾

-
- 13) Vgl. Egger, Art. 137 Vorbem. RdNr. 17: "Zerrüttungsprinzip". Im deutschen Recht herrschte früher das Verschuldensprinzip vor, doch wurde mit §§ 44, 46, 48 EheG n.F. auch das Zerrüttungsprinzip in großem Maße aufgenommen. Zur gleichen Entwicklung vom Verschuldensprinzip zum Zerrüttungsprinzip, vom einzelnen Scheidungsgrund zur Generalklausel, vgl. Neuhaus, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Bd. II, S. 423.
- 14) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 17 Anm. E I.
- 15) Vgl. Egger, Art. 142 RdNr. 12; BGE 28 II 59; BIZür 18, Nr. 102. Dagegen kann nach Abs. II der allein oder doch vorwiegend schuldige Kläger gegen den Willen des anderen Ehegatten die Scheidung nicht erlangen, vgl. Hinderling, Das Schweiz. Scheidungsrecht, Zürich 1960, S. 34.
- 16) Vgl. Luther bei Dölle, Familienrecht, S. 449/500.
- 17) Eine Scheidung aus Art. 134 tZGB ist deshalb möglich wegen Trunksucht (BGE 30 II 16; 38 II 12); wegen unverschuldeter Krankheit (Egger, Art. 142 RdNr. 6); wegen Psychopathien (Egger, Art. 141 RdNr. 3); insbesondere wegen Unvereinbarkeit der Charaktere (BGE 41 II 323).
- 18) Auch hier ist das Verschulden ausgeschlossen bei Unzurechnungsfähigkeit, krankhafter Störung der Geistestätigkeit und bei Notwehr, auch bei Putativnotwehr, RG HRR 28, 1709. Vgl. Palandt-Lauterbach, § 43 EheG. Anm. 8.

bb) Geisteskrankheit als Scheidungsgrund im deutschen und türkischen Recht (§§ 44, 45 EheG; Art. 133 tZGB)

Die Voraussetzung des Art. 133 tZGB, nach dem die geistige Gemeinschaft nicht erloschen zu sein braucht, vielmehr nur erforderlich und genügend ist, daß vom gesunden Ehegatten die Fortsetzung der Ehe billigerweise nicht verlangt werden kann,²⁰⁾ deckt sich nicht ganz mit den §§ 44, 45 EheG. Nach dem türkischen Recht ist eine Ehe schon scheidungsreif, wenn sie ihren Sinn als Lebensgemeinschaft unwiederbringlich verloren hat.²¹⁾ Die Voraussetzung des § 45 EheG, daß die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten dauernd aufgehoben sein muß, geht über die des Art. 133 tZGB hinaus.²²⁾ Es wird außerdem in Art. 133 tZGB lediglich die Unheilbarkeit gefordert, die durch Sachverständige festgestellt werden muß²³⁾ und bei dreijähriger Dauer der Krankheit als nachgewiesen gilt, nicht aber wird gefordert, daß jede Aussicht auf Wiederherstellung der geistigen Gemeinschaft ausgeschlossen ist.²⁴⁾ Die Unheilbarkeit der Krankheit ist nach deutschem Recht nicht Bedingung der Scheidung, obwohl Heilbarkeit den Schluß rechtfertigen kann, daß die Voraussetzungen des § 45 EheG nicht vorliegen.²⁵⁾

19) Für das schweiz. Recht KG IPRspr. 1931 Nr. 31; KG IPRspr. 1932 Nr. 86. Für die vergleichbare Lage mit franz. Recht RG Warn. 1920, Nr. 46: "Es kommt nicht darauf an, ob die Klage so, wie sie begründet ist, nach franz. und deutschem Recht zulässig erscheint, sondern darauf, ob der Tatbestand, so wie er zur Zeit der Urteilsfällung vorliegt, unter Berücksichtigung aller erhobenen Einwendungen die Scheidung nach den in gleicher Weise zur Anwendung berufenen Gesetzen der beiden Staatsgebiete rechtfertigt."

20) Egger, Art. 141 RdNr. 4.

21) Vgl. Egger, Art. 137 RdNr. 11; Hinderling, a.a.O., S. 7.

22) Vgl. Egger, Art. 141 RdNr. 4 und Luther bei Dölle, Familienrecht, S. 517, 521.

23) Vgl. Egger, Art. 141 RdNr. 6 und 7; Tem. 2.HD. 5.6.1951, E 3067/K 4264 (Olgaç, C.I., m. 133 No: 593); dagegen aber Luther bei Dölle, Familienrecht, S. 521: "... da ärztliche Gutachten derartige Prognosen nur selten mit vollkommener Sicherheit feststellen können und sich meist auf hohe Wahrscheinlichkeitsgrade beschränken müssen".

24) Soergel-Vogel, § 45 EheG RdNr. 6.

25) Vgl. RG Warn. 1934 Nr. 11; Bergenroth, Leukotomie und Scheidung wegen Geisteskrankheit, DRiZ 1954, 141.

Auch das türkische Recht hat, wie das schweizerische, die Geisteskrankheit als eine Ausnahme anerkannt und sie als einen speziellen Scheidungsgrund hinzugefügt, obwohl für einen idealen Richter denkbar wäre, mit dem einen Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung auszukommen.

Geistige Abnormitäten und Psychosen, die sich nicht als eigentliche Geisteskrankheiten im Sinne des Art. 133 tZGB kennzeichnen, bilden im türkischen Recht ebensowenig wie schwere unheilbare körperliche Erkrankungen für sich schon einen Ehescheidungsgrund. Sie können aber wie diese zu einer tiefen Zerrüttung führen²⁶⁾ und bilden dann einen Scheidungsgrund im Rahmen des Art. 134 tZGB. Insoweit decken sich die Bestimmungen des § 44 EheG und des Art. 134 tZGB bis auf den Punkt, das das türkische Recht bei der Stärke der Zerrüttung die Nichtzumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft für den anderen Ehegatten fordert, während § 44 EheG eine Scheidung nur zuläßt, wenn die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht mehr erwartet werden kann. Es genügt im deutschen Recht also nicht die Feststellung, daß der gesunde Ehegatte sich von dem anderen Teil abgewendet hat. So darf also auch beim Scheidungsgrund der Geisteskrankheit nach Art. 133 tZGB diese und im Falle der tiefen Zerrüttung der Ehe wegen des auf einer geistigen Störung beruhenden Verhaltens des anderen Ehegatten, die Bestimmung der allgemeinen Scheidungsklausel des Art. 134 tZGB nicht für sich allein angewendet werden, da der im türkischen Recht geforderte Tatbestand nicht den im deutschen Recht in §§ 44, 45 EheG geforderten voll umfaßt. Eine Scheidung kann auch hier erst dann ausgesprochen werden, wenn die Voraussetzungen des türkischen wie des deutschen Gesetzes erfüllt sind.

cc) Böswillige Verlassung nach Art. 132 tZGB

Böswilliges Verlassen fällt nach deutschem Recht unter den Ehescheidungsgrund "schwere Eheverfehlungen" nach § 43 EheG. § 48 EheG steht dem nicht entgegen.²⁷⁾

Das türkische Recht behandelt die böswillige Verlassung als selbständigen Ehescheidungsgrund in Art. 132 tZGB. Sind die besonderen Voraussetzungen dieses Scheidungsgrundes (zweimonatige Dauer, richterliche Aufforderung zur Rückkehr, danach abermals Ablauf eines Monats) nicht erfüllt, so kann we-

26) Vgl. BGE 50 II 427; 51 II 364; Hinderling, a. a. O., S. 77.

27) Vgl. BayObLG NJW 1949, 221; Luther bei Dölle, Familienrecht, S. 502.

gen der Verlassung allein auch nicht nach Art. 134 tZGB geschieden werden, weil das auf eine Umgehung der Erfordernisse von Art. 132 tZGB hinausläufe.²⁸⁾ Art. 134 tZGB kann erst dann angewandt werden, wenn neben der Verlassung noch andere Faktoren die Zerrüttung der Ehe mitverursacht haben, oder dann, wenn die Ehe bereits vor der Verlassung unheilbar zerrüttet war.²⁹⁾ Sollte die böswillige Verlassung eine Scheidung nach Art. 134 tZGB rechtfertigen, ohne daß die Voraussetzungen des Art. 132 tZGB erfüllt sind,³⁰⁾ so gilt das oben für § 43 EheG im Verhältnis zu Art. 134 tZGB Gesagte auch für diesen Scheidungsgrund. Die böswillige Verlassung des Art. 132 tZGB unterscheidet sich also sowohl von der den § 43 EheG als auch von der den § 48 EheG rechtfertigenden Art. Nach Art. 132 tZGB ist neben der willentlichen³¹⁾ Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft erforderlich, daß der Ehegatte trotz richterlicher Aufforderung in einem Monat nicht zurückgekehrt ist.³²⁾ Der Gesetzgeber nimmt hier zwar an, daß wegen der andauernden Verlassung die Ehe schon zerrüttet ist, sieht aber die richterliche Aufforderung zwingend vor.³³⁾ Diese ist dem deutschen Recht unbekannt.

Es ist daher fraglich, ob auch der deutsche Richter auf Begehren des Klageberechtigten, nötigenfalls öffentlich, den abwesenden Ehegatten aufzufordern hat, binnen einem Monat zurückzukehren. Das Kammergericht hat den Scheidungsgrund des böswilligen Verlassens nicht durchgreifen lassen, weil es an der Aufforderung gefehlt hatte.³⁴⁾

Auch ein dreijähriges Verlassen oder Getrenntleben rechtfertigt nach dem türkischen Recht den Scheidungsgrund der Verlassung nicht, solange die richterliche Aufforderung nicht erfolgt ist. Diese Aufforderung kann nur durch den

28) Vgl. BGE 53 II 100; Hinderling, a. a. O., S. 79.

29) Vgl. BGE 85 II 225; aber AGE VIII, 118.

30) Vgl. AGE VIII, 118.

31) Vgl. Egger, Art. 140 RdNr. 2.

32) Vgl. Egger, Art. 140 RdNr. 3.

33) Vgl. Saymen, a. a. O., S. 252; Öktem, *Terk sebebiyle boşanma davasına tekaddüm eden ihtar ne şekilde yapılmalıdır?*, İzmir Bar. Drg. 1945 Sayı 10, S. 14; Arsebük, a. a. O., S. 743; a. M.: Gönensay A., *Samim Medeni Hukuk*, Bd. II, S. 74.

Im deutschen Recht wird eine Aufforderung zur Rückkehr durch den verletzten Partner erfolgen müssen. Diese erübrigt sich jedoch, wenn der Partner eindeutig zu erkennen gegeben hat, nicht zurückkehren zu wollen, vgl. OLG Düsseldorf NJW 1957, 845; Luther bei Dölle, *Familienrecht*, S. 502 und Fußn. 124.

34) Vgl. KG v. 6.3.1914 OLGR 29, 140.

Richter erfolgen und nur zusammen mit dem Endurteil durch Rechtsmittel angefochten werden.³⁵⁾

Hier handelt es sich um eine sachliche Vorschrift, die nur prozessual eingekleidet ist, und deren Anwendung durch den deutschen Richter daher nichts im Wege steht.³⁶⁾ Auch als sachliche Vorschrift ist aber die Aufforderung dem deutschen Recht unbekannt. Sie ist im türkischen Recht zur Versöhnung der Streitenden vorgesehen. Auch das deutsche Recht räumt aber auf anderen Gebieten, etwa bei einstweiligen Anordnungen, dem Richter größte Freiheit ein, das konkret Notwendige anzuordnen. Das Bedenken, er könne nicht eine amtliche Aufforderung, also einen hoheitlichen Akt, im Ausland setzen (wenn der Beklagte sich in der Türkei aufhält), fällt weg, wenn diese Aufforderung als Mitteilung formuliert wird, daß die Scheidung begründet sei, wenn er der Aufforderung nicht binnen der genannten Frist (ein Monat) nachkommt.³⁷⁾ Diese Aufforderung erfolgt nach den Regeln des Aufgebotsverfahrens, wenn die Adresse des Beklagten unbekannt ist.³⁸⁾ Das andere Bedenken, daß der Richter als Organ der staatlichen Macht nicht auf einem Gebiet Druck ausüben darf, das von staatlicher Einmischung freibleiben muß, ist auch nicht gegeben; denn auch nach deutschem Verfahrensrecht hat er in jeder Phase des Verfahrens auf die Aufrechterhaltung der Ehe einzuwirken, und die Aufforderung des türkischen Rechts ist gerade eine richterliche Mahnung zur Erfüllung der ehelichen Pflichten, die der Aufrechterhaltung der Ehe dienen soll. Außerdem ist eine solche Lösung für den internationalen Rechtsverkehr nötig. Die heutige Haltung der Türkei bei der Nichtanerkennung ausländischer Ehescheidungsentscheidungen ist ohnehin so scharf, daß sie den Parteien unnütze Kosten und Ärger schafft.

Das türkische IPR enthält keine dem Abs. IV des Art. 17 EGBGB entsprechen-

35) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 252; Tem. v. 27.3.1957, Res.G. 24.6. 1957 No: 9641; Tem. 2.HD. 936/4239 (Tetik, Medeni kanuna ait temyiz kararlari, Ankara 1940, S. 19); 2. HD. 8.7.1940 E 2422 / K 2717 (Tepeci, a.a.O., S. 127).

36) Vgl. Gamillscheg, Die wesenseigene Zuständigkeit bei der Scheidung von Ausländern - Vom deutschen zum europäischen Recht (Festschrift für Dölle), Tübingen 1963, Bd. II, S. 306.

37) Vgl. Arsebük, a.a.O., S. 742.

38) Da die Aufforderung für sich allein nicht durch Rechtsmittel angreifbar ist, kann die Form einer bloßen gerichtlichen Mitteilung als ausreichend angesehen werden.

de Bestimmung. Da die Türkei dem Haager Ehescheidungsabkommen vom 12. 6. 1902 nicht beigetreten ist (und dieses von Deutschland sowieso mit Wirkung vom 1. 6. 1934 gekündigt worden ist),³⁹⁾ kommt in der Türkei bei der Anwendung des deutschen Rechts nur der ordre public zum Zuge. Bezüglich der deutschen Scheidungsgründe wird er aber nicht entgegenstehen, da das deutsche Recht der Scheidung nicht günstiger ist als das türkische. Auch in § 48 EheG wird vorausgesetzt, daß infolge einer tiefgreifenden, unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten ist, wodurch die Voraussetzungen des allgemeinen Scheidungsgrundes des Art. 134 tZGB ausreichend erfüllt werden.

b) Die einzelnen Spannungen, die bei der Anwendung des türkischen materiellen Scheidungsrechts auftauchen

aa) Anwendung der Bestimmungen über die vorsorglichen Maßregeln - Art. 137 tZGB

Soweit es sich nicht um ein Eingreifen des Richters von Amts wegen handelt, ist die Bestimmung auch in Deutschland vom deutschen Richter anzuwenden, wenn dies ordnungsgemäß beantragt ist (§ 627 I ZPO).⁴⁰⁾

bb) Anwendung des Art. 142 tZGB (Eheverbotsfrist)

Nach Art. 142 I tZGB muß dem schuldigen Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe auf mindestens ein bis höchstens zwei Jahre untersagt werden.

Die Frage ist nun, ob das international zuständige deutsche Gericht bei Maßgeblichkeit des türkischen Rechts diese Wartefrist⁴¹⁾ des Art. 142 tZGB aussprechen darf. Diese Frage wurde früher vom Kammergericht bejaht,⁴²⁾

39) Vgl. oben Art. 2 des HA v. 12. 6. 1902 (RGBl 1904, 231, 249, in Kraft seit 1. 8. 1904).

40) Prozessual ist § 627 ZPO maßgebend, materiell aber Art. 137 tZGB (vgl. oben S. 47).

41) Im schweiz. ZGB "Wartefrist" am Rande des Art. 150. Im türkischen ZGB "Eheverbotsfrist" am Rande des Art. 142.

42) Vgl. KG IPRspr. 1931 Nr. 81; RG Gruchot 57, 717; OLG München OLG 42, 16; zustimmend: Lewald, IPR, S. 117; Raape, IPR, S. 295; ders., Staatsangehörigkeitsprinzip und Scheidungsakt, S. 97-102.

später wieder verneint⁴³⁾ mit der Begründung, daß die Vorschrift "den Charakter einer öffentlich-rechtlichen Strafvorschrift habe" und daher außerhalb des Hoheitsgebiets der Schweiz keine Beachtung beanspruchen könne.⁴⁴⁾

Diese Vorschrift ist sowohl in der Schweiz als auch in der Türkei als Strafvorschrift anzusehen; EGGER⁴⁵⁾ bezeichnet sie als eine "Strafwartefrist". "Sie ist eine im Interesse der öffentlichen Ordnung getroffene Maßnahme. Der Richter hat sie von Amts wegen auszusprechen, ...".⁴⁶⁾ Dies wird auch in der türkischen herrschenden Literatur⁴⁷⁾ vertreten. ARSEBÜK⁴⁸⁾ bejaht ihren strafrechtlichen Charakter, bezeichnet diese Bestimmung des Art. 142 tZGB jedoch als eine für den schuldigen Ehegatten vorgesehene Verpflichtung mit strafrechtlichem Einschlag, das heißt, als eine "bürgerlichrechtliche Strafe", die er genauso bei einer Trennung anerkennt.⁴⁹⁾ Diese Gemeinsamkeit und der dadurch überwiegende zivilrechtliche Charakter der im Art. 142 I tZGB vorgesehenen "Wartefrist" ist im Gesetz selbst in Abs. II ersichtlich, wonach "die Dauer einer vorausgegangenen gerichtlichen Trennung in diese Frist (Wartefrist) eingerechnet wird".⁵⁰⁾

Auch RAAPE meint, daß "Art. 150 ZGB (= 142 tZGB) nicht eine reine Strafnorm sei, sondern eine zivilrechtliche Norm mit strafrechtlichem Einschlag. Was verboten wird, ist der Abschluß eines Rechtsgeschäftes, poenae nomine, ähnlich wie § 6 EheG, der dem Ehebrecher die Ehe mit dem Mitschuldigen verwehrt, ...".⁵¹⁾ Nach RAAPE soll man deswegen bei der Lösung dieser Frage

-
- 43) Vgl. IPRspr. 1932 Nr. 86; 1933 Nr. 42; 1934 Nr. 56 (wegen Art. 17 IV EG); Ermel, Unzulässigkeit von Ehescheidungsstrafen im deutschen Rechtsgebiet, StAZ 1939, 19 ff./39 (wegen Art. 30 EG); Wolff, IPR, S. 209; Palandt-Lauterbach, Art. 17 Anm. 5; Erman-Marquardt, Anm. 10 Art. 17.
- 44) Vgl. Schuster, Die Vorbehaltsklausel bei der Scheidung von Ausländern in Deutschland, ZAIP 6 (1932), 517 ff./523.
- 45) Komm. Art. 150 RdNr. 1 und 2.
- 46) Vgl. auch BGE 38 II 61; 74 II 7; 84 II 338.
- 47) Vgl. Saymen, a. a. O., S. 269 (Strafwartefrist); Arik, Bosanmada memnuiyet müddeti meselesi, Izmir Bar. Der. 1943, S. 505 ff.; a. M.: Belgesay, M. R. Türk Medeni Kanunu Şerhi, Art. 142 Anm. 2 (Wartefrist).
- 48) a. a. O., S. 783 Fußn. 52 und S. 776 Fußn. 24.
- 49) Vgl. Arsebük, a. a. O., S. 776 Fußn. 24.
- 50) Vgl. Tem. 2. HD. 12.4.1952, E 2728/K 2461 (Saymen-Erman-Elbir, Külliyyat, Bd. 7, No: 29).
- 51) Staatsangehörigkeitsprinzip und Scheidungsakt, S. 99/100.

darauf abstellen, ob die Anwendung des Art. 150 ZGB (= 142 tZGB) durch den deutschen Richter überhaupt einen praktischen Wert hat. Wenn ja, soll die Vorschrift trotz ihres strafrechtlichen Einschlags angewendet werden, da dieser sehr gering ist.⁵²⁾ Auch der Art. 30 EGBGB steht nicht im Wege, da es sich hier im Grunde genommen um ein ähnliches Eheverbot wie das des § 6 EheG handelt.⁵³⁾ Die Ähnlichkeit dieser Bestimmungen besteht aber lediglich darin, daß sie beide für den schuldigen Ehegatten ein Eheverbot (abgesehen von seinem Umfang) vorsehen und damit strafrechtlichen Einschlag beinhalten.

Ob aber die Vorschrift des Art. 142 tZGB im ganzen eine Strafvorschrift des öffentlichen Rechts ist, muß für sich allein beantwortet werden und ist allein entscheidend für die Anwendung der Vorschrift durch einen ausländischen Richter, so daß sich bei Bejahung dieser Frage ohne Rücksicht darauf, ob es im deutschen Recht eine ähnliche gleichartige Vorschrift gibt oder nicht, die Anwendung der ausländischen Vorschrift versagen läßt.⁵⁴⁾ Was für eine Art von Tätigkeit des Richters aber die beiden Vorschriften erfordern, ist eine weitere Frage, die bei der Entscheidung, ob die Bestimmung des Art. 142 tZGB vom deutschen Richter - als eine zivilrechtliche Vorschrift - angewandt werden kann, im Hinblick auf die wesenseigene Zuständigkeit des deutschen Gerichts eine gewisse Rolle spielt. Hier kommt das ganze deutsche Rechtssystem in Betracht, und die Entscheidung hängt davon ab, ob es dort überhaupt bekannt ist, daß von dem deutschen Richter eine gleichartige Tätigkeit ausgeübt wird, das heißt, ob der deutsche Richter fähig ist, im Rahmen seines Aufgabenbereiches auch die vom Art. 142 tZGB vorgesehene Tätigkeit auszuüben. Die Tätigkeit allein ist zwar dem deutschen Recht nicht wesensfremd; eine Strafwaretfrist kann jedoch von einem deutschen Gericht nicht ausgesprochen werden, da die Vorschrift einen straf-

-
- 52) Vgl. darüber die Parallele im deutschen Recht (§§ 888 I, 890 I ZPO): Zwangsstrafen, bei denen die strafrechtlichen Grundsätze nicht gelten. Sie sind keine öffentlichen Strafen und sollen nur die Erfüllung herbeiführen, vgl. Baumbach-Lauterbach, § 888 Anm. 3 B.
- 53) Vgl. Raape, Staatsangehörigkeitsprinzip und Scheidungsakt, S. 100; Soergel-Kegel, Art. 17 RdNr. 94, bestreitet diese Ähnlichkeit.
- 54) Vgl. Reu, F., a. a. O., S. 188: "Die Ausübung einer ausgesprochenen Strafmacht, einer stührenden und vergeltenden Gewalt, liegt außerhalb des wesenseigenen Zuständigkeitsbereichs des deutschen Zivilstreitsverfahrens und ist deshalb abgeschnitten."

rechtlichen Einschlag hat, der nicht als Folge des Scheidungsurteils erscheint, sondern vom Scheidungsrichter nach seinem Ermessen von Amts wegen zu bestimmen ist.⁵⁵⁾

Im Verhältnis zur Türkei sind außerdem alle diese Ausführungen zur Zeit ohne praktische Bedeutung, da ausländische Scheidungsurteile in der Türkei ohnehin nicht anerkannt werden.

Aber auch im Falle des Bestehens der Anerkennung der Scheidungsurteile deutscher Gerichte seitens der Türkei in der Zukunft würden weitere Bedenken auftauchen: Entweder wird das Urteil ohne die Strafwartefrist anerkannt, womit die Geschiedenen Art. 142 tZGB umgehen (was die Türkei sicherlich nicht begrüßen wird), oder setzen die türkischen Gerichte das Verfahren zwecks Nachholung der Wartefristbestimmung von sich aus fort, was bedauerlich wäre, weil das Gericht eines Staates das Verfahren eines anderen Staates nicht fortsetzen soll.⁵⁶⁾ So bleibt nichts anderes übrig, als von der Türkei zu erwarten, daß sie sich für diesen Fall ihres Hoheitsrechts begibt und das Urteil eines deutschen Gerichts mit der Verhängung der Strafwartefrist anerkennt, wenn sie in dem Urteil überhaupt verhängt ist. Nachdem aber die deutschen Gerichte diese Strafwartefrist aus den bereits dargelegten Gründen nicht aussprechen können, soll das Urteil ohne Verhängung der Strafwartefrist anerkannt werden.

Auch bei einer Scheidung deutscher Eheleute durch ein türkisches Gericht kann diese Wartefrist nicht in dem Urteil verhängt werden, wenn das deutsche Recht, nicht aber das türkische Recht, anzuwenden ist.⁵⁷⁾ Wird sie doch verhängt, so ist das Urteil in Deutschland nur mit seinen personenrechtlichen Wirkungen der Auflösung der Ehe anzuerkennen. Die Anerkennung umfaßt in diesem Fall nicht die im Urteil ausgesprochene Nebenfolge.⁵⁸⁾

55) Vgl. Vischer, F., Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht, S. 85.

56) Vgl. Kallmann, a. a. O., S. 47 ff., 167 ff.; nach Riezler (IZPR, 237, Fußn. 45) würde es sich hier, d. h. bei der Ergänzung des ausländischen Urteils über die Nebenfolgen der Ehescheidung trotz des sachlichen Zusammenhanges mit dem Scheidungsprozeß um ein neues selbständiges Verfahren handeln.

57) Vgl. oben S. 83, Fußn. 5.

58) Vgl. AG Lörrach 10.9.1907; Soergel-Kegel, Art. 17 RdNr. 94; Staudinger-Raape, Art. 17 Anm. J II 1 letzter Abs. (die Nichtberücksichtigung des Eheverbotes - gem. Art. 150 ZGB - ergibt sich schon ...

cc) Der Schuldausspruch des § 52 EheG und die Anwendung des Art. 148 rZGB

1) Der Schuldausspruch nach § 52 EheG bei Maßgeblichkeit des materiellen türkischen Rechts

Weder das türkische noch das schweizerische Recht kennen einen Schuldausspruch, wie er in § 52 EheG vorgesehen ist.

Wird nun die Ehe eines türkischen Staatsangehörigen vor einem deutschen Gericht wegen Verschuldens geschieden, so taucht die Frage auf, ob das Urteil einen Schuldausspruch nach § 52 EheG enthalten darf.

Zunächst ist festzustellen, ob die Vorschrift des § 52 EheG nach ihrem Zweck als eine materiellrechtliche oder als eine prozessuale anzusehen ist, eventuell welcher Zweck überwiegt.

RIEZLER⁵⁹⁾ meint, daß § 52 EheG nach seinem Wesen eine Verfahrensregel ist, die im Zweifel - nach lex fori - anzuwenden ist, solange damit gegen das maßgebende Sachrecht nicht verstoßen wird. Nur dann müßte ein Schuldausspruch im deutschen Urteil gemäß Art. 17 I EGBGB unterbleiben, wenn das ausländische Recht den Schuldausspruch verbietet.⁶⁰⁾

RAAPE⁶¹⁾ wägt die prozessuale und die materielle Seite der Vorschrift ab. Die Erwägung, daß der Schuldausspruch die Rechtskraft auf den Scheidungsgrund zu erstrecken bezweckt, spricht dafür, daß § 52 EheG eine prozessuale Norm sei. Die Norm will anscheinend einen zweiten Prozeß der Parteien vermeiden, in dem über den Schuldgrund als einer Voraussetzung gewisser Nebenwirkungen der Ehe, wie Unterhalt, Namen der Frau und Geschenke, gestritten wird. Da aber der Schuldausspruch im EheG und nicht in der ZPO geregelt ist (während zum Beispiel die Vorschrift, die bei der Scheidung we-

... aus Art. 13 EG); Lewald, IPR, S. 127; Meili und Mamelock, Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht auf Grund der Haager Konventionen (1911), S. 236 ff.: "Durch das Haager Ehescheidungsabkommen ist die Anerkennung des schweizerischen Wiederheiratsverbotes im Ausland nicht garantiert."

59) Vgl. Riezler, IZPR, S. 239.

60) KG IPRspr. 1932 Nr. 75: "... ob das ausländische Recht einen besondern Schuldausspruch vorsieht, ist unerheblich, da die Form der Schuldfeststellung sich nur nach deutschem Recht richtet." KG IPRspr. 1933 Nr. 42; Schuster, Ehescheidung von Ausländern, JW 1932, 2228 ff.

61) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 17 Anm. J II 2 c; ders., IPR, S. 295.

gen Ehebruchs den Namen des Ehebrechers im Urteil anzugeben befiehlt, in der ZPO steht - § 624 ZPO); und weil der geschiedene Ehegatte materielle Vorteile hat, wenn er schuldlos geschieden ist, kommt RAAPE zum Ergebnis, daß bei § 52 EheG die materielle Seite überwiegt und er deswegen bei der Scheidung ausländischer Eheleute nicht anzuwenden ist, weder unmittelbar noch mittelbar.⁶²⁾

REU⁶³⁾ vertritt eine Mittelmeinung und verlangt die Prüfung, ob ein bereits im Scheidungsurteil enthaltener Schuldanspruch im Heimatrecht des schuldigen Teils irgend eine rechtlich erhebliche Rolle spielen kann. Gegen diese Meinung bestehen Bedenken: Dies schon deshalb, weil der Schuldanspruch in einem ausländischen Recht, das ihn nicht kennt, keine Rolle spielen kann; wenigstens nicht wie im deutschen Recht. Außerdem werden hier dem deutschen Richter mit der Prüfung des anzuwendenden Heimatrechts auch hinsichtlich des Schuldanspruchs unnötige Schwierigkeiten bereitet.

Aber auch die von RAAPE dargelegten Argumente, die beweisen sollen, daß die materiellrechtliche Seite des § 52 EheG überwiegt, sind nicht überzeugend. Zwar ist zuzugeben, daß die Vorschrift eine starke materielle Seite hat, die prozessuale Seite ist jedoch viel entscheidender, da die Aufgabenverteilung zwischen dem Scheidungsgericht (Landgericht), das die Schuldfrage zu lösen hat, und dem Vormundschaftsgericht (Amtsgericht), das an Hand des Urteils des Scheidungsgerichtes die Nebenwirkungen zu regeln hat, mit dieser Vorschrift in ganz engem Zusammenhang steht, sich sogar aus ihr ergibt. Das türkische Recht, das den Schuldanspruch im Scheidungsurteil nicht kennt, regelt diese Aufgabenverteilung anders und teilt beide Aufgaben dem Scheidungsgericht zu, Art. 148 tZGB.

Der deutsche Richter geht daher am besten davon aus, daß es sich um eine prozessuale Vorschrift handelt und wendet sie an. Dies ist auch in solchen Fällen besonders zweckmäßig, in denen auch über gewisse Nebenwirkungen der Ehescheidung (zum Beispiel Unterhalt, Namen der Frau etc.) in Deutschland zu entscheiden ist. So wird zum Beispiel die Entscheidung über die Sorgerechtsregelung nach der Scheidung in Deutschland nicht vom Scheidungsgericht, sondern vom Vormundschaftsgericht an Hand des Scheidungsurteils getroffen. Dazu braucht

62) Für materielle Vorschrift auch Frankenstein, IPR, Bd. III, S. 530 und OLG Hamburg, IPRspr. 1934, Nr. 56.

63) Reu, a. a. O., S. 181-182; Wolff, IPR, S. 209; Lewald, IPR, S. 116 Nr. 162 b; Soergel-Kegel, Art. 17 RdNr. 56; Palandt-Lauterbach, Art. 17 Anm. 5; KG v. 27.6.1932 IPRspr. 1932, Nr. 86.

der Vormundschaftsrichter den Ausspruch über die Schuld der geschiedenen Eltern, die er sonst selbst unter Umständen abweichend vom Scheidungsgericht feststellen müßte, würde ihm nicht der im Scheidungsurteil enthaltene Schuld-spruch zur Verfügung stehen.

Da ausländische Ehescheidungsurteile von der Türkei heute nicht anerkannt werden, hat dieser Schuldausspruch im Urteil allerdings nur in Deutschland Bedeutung, da es seine Wirkungen in Deutschland haben wird,⁶⁴⁾

Im umgekehrten Fall, wenn der türkische Richter das deutsche Recht anwendet, hat die Qualifikation des § 52 EheG nach der *lex fori*, nach türkischem Recht, zu erfolgen. Ein Schuldausspruch im Scheidungsurteil im Sinne des § 52 EheG ist dem türkischen Recht unbekannt. Er ist ihm aber nicht wesensfremd. Obwohl das türkische Ehescheidungsrecht grundsätzlich dem Zerrüttungsprinzip folgt⁶⁵⁾ und die Ordnung der Nebenfolgen der Ehescheidung in der Regel nicht auf das Verschuldensprinzip bezieht, wird auch dieses berücksichtigt, insbesondere bei der Regelung der Entschädigungsansprüche (Art. 143, 144 tZGB) und bei der Feststellung der Wartefrist nach Art. 142 tZGB,⁶⁶⁾

64) Im Verhältnis zur Schweiz hat der bernische Appellationshof in einem Urteil v. 27.10.1926 erkannt, daß in einem Fall, in dem ein durch deutsches Scheidungsurteil als schuldig erklärter Schweizer seinen Wohnsitz nach der Scheidung, noch aber bevor das Nachverfahren betreffend die ziffernmäßige Fixierung der Alimente eingelegt ist, in die Schweiz verlegt hatte, die Zulässigkeit eines besonderen Nachverfahrens in der Schweiz erneut geprüft werden muß. Das Appellationsgericht hat dann das Gericht am Wohnsitz des Beklagten für zuständig erklärt, da sonst der Kläger der Gefahr einer eigentlichen Rechtslosigkeit ausgesetzt wäre. Dabei ist nach der Ansicht des Appellationshofes schweizerisches Recht anwendbar. (Das Urteil ist besprochen bei Stauffer, Aus der neuesten Praxis auf dem Gebiet des internationalen Ehescheidungs- und Ehenichtigkeitsrechts, SchJZ 23, 161 ff./ 163). Vgl. auch Kallmann, a.a.O., S. 47 ff. insb. Fußn. 27.

65) Vgl. h.L. Saymen, a.a.O., S. 257; Velidedeoglu, *Medeni Hukuk*, Bd. II, S. 31; a.M. die Rechtsprechung: Tem. HGK, 5.2.1952, E 2118 / K 120 (Saymen - Erman - Elbir, Külliyyat, Bd. VIII, No. 1347).

66) Vgl. oben S. 91 und S. 98 ff.

2) Anwendung der Art. 148, 149 tZGB in Deutschland

Daß ein deutsches Ehescheidungsurteil auch bei Maßgeblichkeit des türkischen Rechts gemäß § 52 EheG einen Schuldausspruch zu enthalten hat, wurde bejaht. Nach türkischem Recht (Art. 148 tZGB) trifft der Richter bei der Scheidung (oder Trennung) zugleich die Entscheidung über die Sorge für die Kinder. Eine solche prozessuale Verbindung ist dem deutschen Recht jedoch (vgl. § 615 ZPO) unbekannt.

Da in Verfahrensfragen die *lex fori* gilt, ist das deutsche Scheidungsgericht unter keinen Umständen zuständig, auch das Rechtsverhältnis der Eheleute zu den Kindern bei der Scheidung ist zu regeln. Die Folgen der Scheidung betreffend Unterhaltspflicht, Elternrechte und Namensrecht sind im deutschen Recht gesetzlich geregelt (§§ 54 ff. EheG) und ein Ausspruch von Nebenfolgen wie im türkischen Recht wird in einem deutschen Scheidungsurteil daher nicht vorkommen.⁶⁷⁾

Da ausländische Ehescheidungsurteile von der Türkei ohnehin nicht anerkannt werden, kann die Frage hinsichtlich der Zuständigkeit türkischer Gerichte zur Ergänzung eines deutschen Ehescheidungsurteils dahingestellt bleiben.⁶⁸⁾ Gegenüber werden sie in einem türkischen Ehescheidungsurteil geregelt, auch wenn das deutsche Recht maßgebend ist, da die Vorschrift des Art. 148 tZGB überwiegend als prozeßrechtlich zu qualifizieren ist. Ein Schuldausspruch im Ehescheidungsurteil gemäß § 52 EheG könnte zwar daneben als solcher materiell gesehen ausgesprochen werden, eine prozessuale Bedeutung wie im deutschen Recht kann dies aber nicht haben; denn die Nebenfolgen der Scheidung werden ja ohnehin bereits im Scheidungsurteil vom Scheidungsrichter geregelt. Soll nun ein Scheidungsurteil, das auch die Nebenfolgen regelt, in Deutschland als solches anerkannt werden, oder soll man das Urteil nur im Scheidungsausspruch anerkennen und die Nebenfolgen neu regeln?

Die Gegenseitigkeit ist im Verhältnis zur Türkei jedoch nicht verbürgt (Art. 18, 540 Nr. 4 tZPO). Ein türkisches Ehescheidungsurteil ist deshalb in Deutschland erst dann anzuerkennen, wenn außer der Voraussetzung des § 328 I Nr. 1-4 ZPO auch die des § 328 II ZPO erfüllt ist. Dies setzt voraus, daß das Urteil einen nicht vermögensrechtlichen Anspruch betrifft und nach den deutschen

67) Vgl. Kallmann, a.a.O., S. 168 Fußn. 57.

68) Vgl. für die Schweiz Kallmann, a.a.O., S. 47 ff. und S. 168 Fußn. 57; Staudinger-Raape, Art. 17 Anm. C II 2 a; BayObLG v. 21.2.1919, 19, 177 und SchJZ 14, 147.

Gesetzen ein Gerichtsstand im Inland nicht begründet ist. Die erste Voraussetzung ist für Ehescheidungsurteile erfüllt. Die zweite ist zwar nicht erfüllt, da nach § 606 ZPO ein Gerichtsstand im Inland immer besteht, wenn einer oder beide Ehegatten deutsche Staatsangehörigkeit besitzen; hier greift aber § 606 a ZPO ein, wo bestimmt ist, § 606 ZPO stehe der Anerkennung nicht entgegen (das heißt also; der sich aus § 606 ZPO ergebende inländische Gerichtsstand wird für § 328 II ZPO nicht mitgerechnet, man sieht von ihm ab.^{68a)}

Soweit in dem türkischen Scheidungsurteil Nebenfolgen der Scheidung geregelt sind, gelten die Grundsätze über die Rechtskraft des deutschen Anerkennungsurteils. Die Anerkennung umfaßt daher grundsätzlich auch die Regelung der Nebenfolgen.⁶⁹⁾ Dies wird sich freilich nicht auf die "Strafwartefrist" erstrecken.⁷⁰⁾

Es bleibt noch die Frage nach der Möglichkeit späterer Änderung der Nebenfolgen offen. Dies ist im türkischen Recht in Art. 149 tZGB geregelt. Nach diesem Artikel hätte die der Anordnungen wieder durch den Scheidungsrichter zu erfolgen. Man kann aber nicht erwarten, daß jede weitere Änderung von dem Scheidungsrichter in der Türkei erfolgen soll. Die Regelung der Nebenfolgen der Ehescheidung gehört in Deutschland zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, und wird vom Vormundschaftsgericht getroffen; somit auch die Änderung bezüglich der Nebenfolgen der Scheidung (zum Beispiel über die Fragen der elterlichen Gewalt und die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kindern).

Kann nun das deutsche Vormundschaftsgericht die Anordnung über die Nebenfolgen der Scheidung im Ehescheidungsurteil eines türkischen Gerichts ändern?

Daß die Anordnung der Nebenfolgen der Scheidung durch ein Urteil und in einem Urteil erfolgt, gibt ihr nicht die endgültige, materielle Rechtskraft des Scheidungsurteils. Dies ist auch aus Art. 149 tZGB ersichtlich. Diese Regelung ist vom Gesetzgeber dem Scheidungsrichter gelassen, um dadurch der Vereinfachung und raschen Abwicklung zu dienen.⁷¹⁾ An sich handelt es sich

68a) Vgl. Raape, IPR, S. , § 30 Fußn. 95; ders. bei Staudinger, Art. 17 Anm. G VI 1; im Ergebnis auch OLG München v. 2.4.1964, FamRZ 1964, 442; a. M.: Wolff, IPR, S. 132 und 205-206.

69) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 17 RdNr. 93; a. M.: Staudinger-Raape, Art. 17 Anm. J II 4.

70) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 17 RdNr. 94.

71) Vgl. Egger, Art. 156 RdNr. 13.

auch hier um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und daher kann die notwendige Änderung vom deutschen Vormundschaftsgericht vorgenommen werden,⁷²⁾ zumal Art. 149 tZGB ohnehin überwiegend prozessualer Natur, daher in Deutschland nicht zu beachten ist.⁷³⁾

dd) Namensrechtliche Gestattung im Ehescheidungsurteil gemäß Art. 141 tZGB und die Anwendung in Deutschland

Gemäß Art. 141 S. 1 tZGB erhält die geschiedene Frau ihren Mädchen- oder Witwennamen wieder, den sie unmittelbar vor dem Abschluß dieser Ehe getragen hatte, während sie nach deutschem Recht (§ 54 EheG) grundsätzlich den Familiennamen des Ehemannes behält.⁷⁴⁾ Eine besondere Schwierigkeit ergibt sich hier nicht, da in Art. 141 S. 1 tZGB eine bestimmte Namensführung vorgeschrieben ist und diese der Frau nach der Scheidung kraft Gesetzes zusteht. Dies gilt als automatische Folge des Scheidungsstatuts.⁷⁵⁾ Der Frau kann dabei, wenn sie vor dem Abschluß der jetzt zu scheidenden Ehe einen Witwennamen führte, im Scheidungsurteil gestattet werden, ab jetzt wieder ihren ursprünglichen Namen zu führen. Ob das deutsche Gericht diese Gestattung im Scheidungsurteil aussprechen kann, ist fraglich.

Auch im deutschen Recht kann zwar eine geschiedene Frau einen früheren Ehenamen, den sie bei Eingehung der geschiedenen Ehe hatte, wieder annehmen, wenn aus der früheren Ehe Nachkommenschaft vorhanden, und sie nicht allein oder überwiegend für schuldig erklärt ist (§ 55 II EheG). Abgesehen von den in § 55 II EheG vorgesehenen Voraussetzungen unterscheidet sich die türkische Regelung von der des deutschen Rechts aber auch dadurch, daß bei dieser eine

72) Vgl. Kallmann, a. a. O., S. 47 ff. und S. 167 Fußn. 57, über die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zur Abänderung der Nebenfolgen oder diesbezüglichen Ergänzung eines ausländischen Ehescheidungsurteils.

73) Vgl. Kallmann, a. a. O., S. 166 und Fußn. 57.

74) Vgl. Ausnahmen in §§ 55-57 EheG.

75) Vgl. Ficker, Der Name der geschiedenen Ehefrau im deutschen internationalen Privatrecht, ZAIP 16 (1951), 32 ff.; Soergel-Kegel, Art. 17 RdNr. 91; Staudinger-Raape, Art. 17 Anm. J III 5; Erman-Marquardt, Art. 17 Anm. 8 a bb; Nußbaum, IPR, S. 158; Wolff, IPR, S. 211; Lewald, IPR, S. 119; AG Hannover IPRspr. 1932, Nr. 73; Frankenstein, IPR, Bd. I, S. 396 Fußn. 44 (für Personalstatut).

Erklärung gegenüber dem Standesbeamten genügt (§ 55 I EheG, § 15 c PStG, §§ 167, 183 FGG),⁷⁶⁾ während bei jener eine Gestattung durch Urteil im Prozeß vorgesehen ist.⁷⁷⁾ Nach herrschender Meinung kann diese Gestattung sogar nach der Scheidung durch ein selbständiges Urteil erfolgen.⁷⁸⁾ Das ergibt sich aus den Art. 26 tZGB und 11 tPStG, wonach eine Namensänderung nur durch Urteil gestattet werden kann.

Eine Gestattung der Namensänderung durch ein Urteil ist als solche dem deutschen Recht unbekannt. Dieses verknüpft eine Änderung des Familiennamens mit familienrechtlichen Vorgängen (Eheschließung, Adoption, Legitimation, Einbenennung, Scheidung oder Aufhebung der Ehe). Darüber hinaus kennt das deutsche Recht eine Änderung (sowohl des Familien- wie des Vornamens) nur durch Verwaltungsakt.⁷⁹⁾

Zu den für die Regelung der Nebenfolgen der Ehescheidung im Scheidungsurteil nach Art. 148 tZGB genannten Schwierigkeiten kommt also hier das Bedenken hinzu, daß die nach Art. 141 S. 2 tZGB erforderliche Tätigkeit dem deutschen Recht als solche unbekannt ist und in der deutschen Rechtsordnung kein Äquivalent findet. Daher kann vom deutschen Scheidungsgericht nicht gestattet werden, daß die geschiedene Frau, die vor Abschluß der Ehe Witwe war, ihren angestammten Familiennamen nach Art. 141 S. 2 tZGB wieder annimmt.⁸⁰⁾

Ist nun die Ehe eines türkischen Staatsangehörigen von einem deutschen Gericht unter Anwendung des türkischen materiellen Rechts geschieden und das

76) Vgl. Palandt-Lauterbach, § 55 EheG Anm. 5.

77) Die Ordnung der Nebenfolgen der Ehescheidung ruht hier - hinsichtlich des Namens der geschiedenen Ehefrau - nicht auf dem Verschuldensprinzip; vgl. Egger, Art. 149 RdNr. 1.

78) Vgl. Arsebük, a.a.O., S. 785; Schwarz, a.a.O., S. 166; a.M.: Belgesay, M.R., a.a.O., Art. 141 tZGB Anm. 2.

79) Vgl. Maßfeller, Familienrecht, Frankfurt - Berlin, Vorbem. vor § 1 des Ges. über die Änderung von Familiennamen und Vornamen; Palandt-Danckelmann, Anm. 2 § 12 BGB, Anm. 2; Luther bei Dölle, Familienrecht, S. 590.

80) Qualifiziert man das Recht der Frau auf Annahme ihres Mädchennamens, also Wiederannahme eines Namens, der mit dem Ehemann nichts zu tun hat, als ein Recht, das ein unmittelbarer Ausfluß des allgemeinen Namensrechts ist, sollte an das allg. Namensstatut angeknüpft werden. (Vgl. Ficker, ZAIP 16, 40; a.A.: Staudinger-Raape, Art. 17 Anm. J III 5; KG v. 27.7.1941 DR 1941, 2055).

Scheidungsurteil von der Türkei wie üblich nicht anerkannt, so ergibt sich auch hinsichtlich des Namens der Ehefrau ein hinkendes Verhältnis: Nach dem maßgebenden türkischen Recht (Art. 141 tZGB) führt die geschiedene Frau des türkischen Staatsangehörigen kraft Gesetzes den Namen, den sie unmittelbar vor dieser geschiedenen Ehe hatte. Da aber das Urteil von der Türkei nicht anerkannt wird, gilt sie in der Türkei weiterhin als verheiratet und trägt damit den Namen des Mannes. Dieses hinkende Verhältnis ergibt sich auch bei der Maßgeblichkeit des deutschen Rechts, wenn die geschiedene Frau nach § 55 EheG durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten wieder einen früheren Ehenamen annimmt.

ee) Richterliche Genehmigung eines Scheidungsvertrages nach Art. 150 Nr. 5 tZGB

Die Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung bedürfen nach Art. 150 Nr. 5 tZGB der Genehmigung des Scheidungsrichters, während im deutschen Recht keine bestimmte Form vorgesehen ist. Es gelten im deutschen Recht die allgemeinen Grundsätze, insbesondere die über Unterhaltsverträge.⁸¹⁾

Diese Genehmigung ist eine Gültigkeitserfordernis⁸²⁾ und dient vor allem zur Prüfung der Zulässigkeit des Vertrages durch den Scheidungsrichter, der sachlichen Angemessenheit des Vertrages und des Schutzes der Kindesinteressen.⁸³⁾ Obwohl Art. 150 tZGB den Randvermerk "Scheidung und Scheidungsverfahren"⁸⁴⁾ trägt und bis auf Nr. 5 nur verfahrensrechtlichen Charakter hat, ist die Bestimmung der Nr. 5 nicht als prozeßrechtlich zu qualifizieren und somit bei Maßgeblichkeit des türkischen Rechts auch in Deutschland anzuwenden. Eine derartige Genehmigung des Scheidungsvertrages durch den Scheidungsrichter ist aber dem deutschen Recht unbekannt. Wie dargestellt, können aber die Folgen der Scheidung nicht einmal dann vom Ehescheidungs-

81) Vgl. Beitzke, a. a. O., S. 113; Luther bei Dölle, Familienrecht, S. 620 ff.

82) Vgl. Egger, Art. 158 RdNr. 16; Saymen, a. a. O., S. 267. Die Genehmigung des Scheidungsrichters kann nicht als bloße Formvorschrift betrachtet werden. Ist der Scheidungsvertrag genehmigt, dann kann er nicht mehr angefochten, sondern nur noch zusammen mit dem Rechtsmittel gegen die Ehescheidung angegriffen werden. Eine Änderung nach Art. 149 ist allerdings möglich. Vgl. Belgesay, Art. 150 RdNr. 9.

83) Vgl. Egger, Art. 158 RdNr. 15; Saymen, a. a. O., S. 266.

84) Im Art. 158 ZGB sogar nur "Scheidungsverfahren".

richter geregelt werden, wenn das maßgebende Recht es vorsieht. Dies könnte allenfalls der Vormundschaftsrichter tun. Daß die Genehmigung gerade vom Scheidungsrichter erteilt werden soll,⁸⁵⁾ ist jedoch innerhalb der materiell-rechtlichen Norm des Art. 150 Nr. 5 tZGB eine verfahrensrechtliche Bestimmung, und daher in Deutschland nicht anzuwenden. Ob aber nun die Genehmigung vom deutschen Vormundschaftsgericht erteilt werden kann, hängt von der Zuständigkeit dieses Gerichts und bei ihrer Bejahung davon ab, ob eine solche Tätigkeit unter seinem Aufgabenbereich ein Äquivalent findet.

Wird eine Ehe in Deutschland geschieden, von deren Parteien wenigstens eine türkische Staatsangehörige ist, so wird das Urteil jedoch in der Türkei nicht anerkannt, da nach einhellig herrschender Meinung für diese Ehescheidungen die türkischen Gerichte ausschließlich zuständig sind. Dies führt dazu, daß für die Genehmigung eines Ehescheidungsvertrages kein zuständiges türkisches Gericht besteht, da das Verfahren nicht vor einem türkischen Gericht läuft und daher für die Genehmigung seitens der Türkei kein zuständiger Richter existiert. Hier sollte man deshalb entweder den Scheidungsvertrag der Parteien wie im deutschen Recht ohne eine Genehmigung als gültig annehmen oder die Notzuständigkeit des deutschen Vormundschaftsgerichts annehmen. Nachdem materiell das türkische Recht, das heißt, Art. 150 Nr. 5 tZGB anzuwenden und demnach die Genehmigung als Gültigkeitserfordernis zu betrachten ist, wäre der zweiten Möglichkeit der Vorzug zu geben. Auch im deutschen Recht werden vom Vormundschaftsgericht Genehmigungen erteilt, die der in Art. Nr. 5 tZGB ähnlich sind, wie zum Beispiel §§ 1643, 1645 BGB. Hier werden zwar nur die Kindesinteressen berücksichtigt, aber auch in Art. 150 Nr. 5 tZGB spielt dies eine entscheidende Rolle, und die Tätigkeit des deutschen Vormundschaftsrichters ist daher als gleichartig zu bezeichnen und damit seine Fähigkeit zu dieser Genehmigung zu bejahen.

85) Vgl. Saymen, a. a. O., S. 266; Postacioglu, Ilhan, Medeni Kanun m. 150/5 hakkında, Huk. Bül. Mec. 1940, 7275 ff.; Postacioglu, Sükrü, M.K.m. 150/5 ve bir Federal Mahkeme Karari, İzmir Bar. Der. 1945, sayı 31-36, S. 20; Esener, Bosanmanin fer'i neticelerine dair mukaveleler, Ank. Huk. Fak. Der. 1951, 610 ff.

2. Anerkennung deutscher Scheidungsurteile in der Türkei und die Folgen der Nichtanerkennung und Vollstreckung

a) Scheidungen von Ausländern (Deutschen)

Die Vollstreckung ausländischer Urteile wird im türkischen Recht allgemein in Art. 537 - 545 tZPO geregelt. Unter diesen betrifft der Art. 540 (insbesondere Nr. 4) die Vollstreckung ausländischer Ehescheidungsurteile. Die Zuständigkeitsregel des Art. 18 tZPO (nach herrschender Meinung "ausschließlich") bezieht sich nur auf türkische Staatsangehörige. Die Gerichtsbarkeit der türkischen Gerichte hinsichtlich ausländischer Staatsangehörigkeit ist im "vorläufigen Gesetz vom 23.2.1330 (1915) über die Rechte und Pflichten der im Osmanischen Reich sich aufhaltenden Ausländer" geregelt. Nach Art. 4 dieses Gesetzes (= EHVK) sind alle Prozesse über in der Türkei gelegene unbewegliche Vermögen und alle Prozesse in Zivil-, Handels- und Strafsachen, soweit sie Ausländer betreffen, ohne weiteres und unbeschränkt der türkischen Gerichtsbarkeit unterstellt. Die Materien dagegen, die den Status einer Person, deren Familienverhältnisse, den beweglichen Nachlaß und letztwillige Verfügungen darüber betreffen, sind erst dann der türkischen Gerichtsbarkeit unterworfen, wenn:

1. entweder die Parteien es gemeinschaftlich beantragen
2. oder der Prozeß von einem vor einem türkischen Gericht anhängigen Prozeß abhängig ist
3. oder türkische Staatsangehörige dabei beteiligt sind
4. oder nach der Rechtsprechung des türkischen Kassationshofes: wenn der türkische *ordre public* es fordert⁸⁶⁾ oder wenn es notwendig ist, daß ein türkisches Gericht die Sache behandelt, weil dem sich in der Türkei aufhaltenden Ausländer der Zugang zu den zuständigen ausländischen Gerichten unmöglich ist.⁸⁷⁾

In den übrigen Fällen ist die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts anzuerkennen.

Für die familienrechtlichen Entscheidungen ausländischer Gerichte wird in Nr. 4 des Art. 540 tZPO die Vollstreckung ausdrücklich versagt. Ob diese Bestimmung auch die Entscheidungen über ausländische Staatsangehörige umfaßt, ist bestritten. Die herrschende Meinung und Praxis unterscheidet hier

86) Vgl. Tem. 2. HD. 30.2.1951 E 7168/K 7493 (Berki-Ergüney, S. 107).

87) Vgl. Tem. 2. HD. 6.4.1945, E 37/ K 1922 (Berki-Ergüney, S. 115).

die Vollstreckung derartiger Entscheidungen von ihrer Anerkennung. Nach einer Ansicht können sie anerkannt, aber nicht vollstreckt werden,⁸⁸⁾ nach einer anderen Ansicht dagegen umgekehrt.⁸⁹⁾

Warum diese zwei Fälle voneinander unterschieden werden, kommt nirgends klar zum Ausdruck. Dafür, daß Art. 540 Nr. 4 tZPO auch ausländische Staatsangehörige betreffen soll, besteht kein Anlaß. Aus dem Gesetzestext ergibt sich dies zwar nicht ausdrücklich;⁹⁰⁾ man kann aber zu keinem anderen Ergebnis kommen, wenn man die Hauptregel des Art. 4 EHVK und der Art. 537-545 tZPO zusammen betrachtet. Die türkischen Gerichte sind nämlich grundsätzlich nicht zuständig, Fälle ausländischer Staatsangehöriger zu bearbeiten (Art. 4 EHVK), das heißt also: darüber haben ausländische Gerichte zu entscheiden. Die dabei getroffene Entscheidung kann aber nach herrschender Meinung aufgrund des Art. 540 Nr. 4 tZPO nicht vollstreckt werden. Zweifellos eine Rechtsverweigerung.

Aus Art 4 EHVK ergibt sich, daß sich Art. 540 Nr. 4 tZPO nicht auf die ausländischen Staatsangehörigen erstrecken soll. Für eine Unterscheidung besteht kein Anlaß. Sowohl der Anerkennung als auch der Vollstreckung eines ausländischen Scheidungsurteils steht nach Art. 540 Nr. 4 tZPO und Art. 4 EHVK nichts entgegen, wenn die anderen Voraussetzungen⁹¹⁾ des Art. 540

88) Vgl. Berki, a. a. O., S. 550; Yörük, a. a. O., S. 224 Fußn. 8.

89) Vgl. Seviğ, a. a. O., S. 457.

90) In Art. 606 Nr. 5 des Vorentwurfs für Art. 540 Nr. 4 tZPO stand ausdrücklich, daß die Vollstreckung nur für solche Urteile versagt sei, in denen zum Nachteil eines türkischen Bürgers von den Bestimmungen des türkischen Erb-, Familien-Personenrechts abgewichen worden ist. Hier ist der Sinn des Art. 540 Nr. 4 tZPO ganz ersichtlich.

91) Diese Voraussetzungen sind nach Art. 540 tZPO:

Nr. 1: daß Gegenseitigkeit verbürgt ist (nach h. M. genügt tatsächliche Gegenseitigkeit. Vgl. Berki, a. a. O., S. 549; Seviğ, a. a. O., S. 457; ders., Sentez, S. 85; Belgesay, DHH da Adliye, S. 219; a. M.: Ariç, Yargıtay İctihatlarına Göre Hasiyeli Ticaret Kanunu, 1946, S. 34; Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, S. 275).

Nr. 2: daß das Urteil vom zuständigen ausländischen Gericht ausgesprochen worden ist,

Nr. 3: daß das Urteil den Vorschriften des türkischen öffentlichen Rechts nicht widerspricht, mit den Erfordernissen der öffentlichen Ordnung vereinbar ist und keine gegen die Vorschriften der türkischen Verfassung verstoßende Anordnungen enthält.

Nr. 1-3 erfüllt sind und das Urteil nicht einen türkischen Staatsangehörigen betrifft.⁹²⁾

- b) Scheidungen von Türken oder von Eheleuten, deren einer Teil die türkische Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Scheidung noch besitzt

Die herrschende Lehre und die Praxis behaupten heute übereinstimmend, daß

- 1) die Zuständigkeit der türkischen Gerichte hinsichtlich der Statussachen (= *ahkâm-i şahsiye*) der türkischen Staatsangehörigen ausschließlich ist und dadurch
 - 2) sowohl die Vollstreckung als auch die Anerkennung ausländischer Urteile über Statussachen der türkischen Staatsangehörigen ausgeschlossen ist.⁹³⁾
- Somit sind heute auch die Ehescheidungsurteile deutscher Gerichte in der Türkei nicht anzuerkennen oder zu vollstrecken, wenn beide oder eine der Parteien türkischer Staatsangehöriger ist.⁹⁴⁾ Von dieser Rechtslage muß die deutsche Praxis vorläufig noch ausgehen, wiewohl ihre Begründung nicht stichhaltig ist. Der Hauptgrund dieser unglücklichen Regelung liegt darin, daß die Bestimmung des Art. 18 tZPO von der herrschenden Meinung ausnahmslos für eine "ausschließliche" gehalten wird. Aus dem Wortlauf des Art. 18 tZPO ergibt sich jedoch diese Ausschließlichkeit nicht.⁹⁵⁾ Durch diese Bestimmung

92) Das Vollstreckungsverfahren in der Türkei:

Zuständig ist das Gericht des Wohnsitzes des Verurteilten oder das Gericht des Aufenthaltsortes, falls er in der Türkei keinen Wohnsitz hat und das Gericht Ankara oder Istanbul, falls er sich nicht in der Türkei aufhält. Art. 538 tZPO.

Der Vollstreckungsantrag und das Vollstreckungsverfahren hat nach Art. 537 tZPO wie eine Rechtsmitteleinlegung zu erfolgen. Das Grundgericht entscheidet über die Vollstreckung und diese Entscheidung wird auf die Rückseite des Urteils des ausländischen Gerichts gesetzt.

Vgl. auch Berki, a.a.O., S. 547; Seviğ, a.a.O., S. 456; ders., *Sentez*, S. 81.

- 93) Vgl. Berki, a.a.O., S. 550; Seviğ, a.a.O., S. 455, 457; Yörtük, A.K., DHH, S. 224 Fußn. 8.

- 94) Hinsichtlich der Probleme, die dadurch entstehen, daß der nichttürkische Teil trotz des Weiterbestehens der Ehe nach dem türkischen Recht an der Wiederheirat nicht gehindert ist, während der Wiederheirat des türkischen Teils in Deutschland das Eheverbot der Doppelehe entgegensteht und für ihn von der Türkei kein Ehefähigkeitszeugnis ausgestellt wird, vgl. oben S. 20 ff. und insbesondere S. 21.

wollte der Gesetzgeber lediglich für alle sich im Ausland aufhaltenden Bürger einen inländischen Gerichtsstand begründen, nicht aber einen ausländischen Gerichtsstand versagen. Überdies wird für Art. 16 tZPO, der die Zuständigkeit für vermögensrechtliche Klagen gegen Schuldner ohne Wohnsitz oder Aufenthalt in der Türkei gleicherweise regelt wie Art. 18, eine solche Ausschließlichkeit nicht behauptet.

Der Gesetzgeber hält es zwar in Art. 540 Nr. 4 tZPO für nötig, zu betonen, daß die Entscheidungen der ausländischen Gerichte nicht vollstreckt werden können, wenn das Urteil einen Prozeß betrifft, der sich auf das Personalstatut oder auf familienrechtliche Verhältnisse bezieht. Wäre aber die Zuständigkeit des Art. 18 tZPO ausschließlich, so wäre Nr. 4 überflüssig, da bereits in Nr. 2 des gleichen Artikels bestimmt ist, daß die Urteile, die von einem unzuständigen Gericht ausgesprochen worden sind, nicht vollstreckt werden, beziehungsweise der Antrag auf Vollstreckung zurückzuweisen ist.

Auch der Entwurf zu Art. 18 tZPO (Art. 23 des Entwurfes) hatte schon den jetzigen Inhalt, war aber nicht als ausschließlich vorgesehen, da sich aus dem Wortlaut des Art. 606 Nr. 5 des Entwurfs⁹⁶⁾ (heute Art. 540 Nr. 4) ergibt, daß eine Vollstreckung eines Urteils des ausländischen Gerichts möglich war, wenn darin zum Nachteil des türkischen Staatsangehörigen von den Bestimmungen des türkischen Erb-, Familien- und Personenrechts nicht abgewichen worden ist. Auch Nr. 2 hatte ähnlichen Inhalt wie heute.

Die Ausschließlichkeit der Zuständigkeit der türkischen Gerichte entnimmt die herrschende Meinung der Türkei außerdem aus der Bestimmung des Art. 4 EHVK. Nach Art. 4 EHVK "werden die Prozesse, die Ausländer betreffen und sich, wie zum Beispiel Schließung und Auflösung der Ehe, Trennung von Tisch und Bett, Vaterschaft, Abstammung, Annahme an Kindes Statt, auf das Familienrecht oder, wie zum Beispiel Mündigkeit, Mündigerklärung, Entmündigung und Vormundschaft, auf die Handlungsfähigkeit oder auf letztwillige Verfügungen und den beweglichen Nachlaß beziehen, vor osmanischen Gerichten nur verhandelt, wenn die Parteien es gemeinschaftlich be-

95) Art. 18 tZPO: "Hält ein türkischer Staatsangehöriger, der keinen Wohnsitz in der Türkei hat, sich nicht in der Türkei auf, so ist hinsichtlich personenrechtlicher Streitigkeiten das Gericht seines letzten Wohnsitzes in der Türkei, und bei Fehlen eines solchen, das Gericht Ankara zuständig."

96) Hukukta Muhakeme Usulü Lâyihası Mucibeli Metni, 1/80, Devre: XI - No. 137, tarihsiz.

antragen oder osmanische Untertanen dabei beteiligt sind oder der Prozeß von einem vor einem osmanischen Gericht anhängigen Verfahren abhängig ist. In diesen Fällen wird, soweit nicht gegen die öffentliche Ordnung verstoßen wird, nach den Gesetzen des Landes, dessen Bürger betroffen sind, und bei Gesetzeskollisionen nach den Regeln des internationalen Privatrechts, verfahren." Es ist einzusehen, daß aus der negativen Fassung des Art. 4 EHVK

- 1) die Maßgeblichkeit des türkischen Rechts und
- 2) die Zuständigkeit der türkischen Gerichte für die türkischen Staatsangehörigen zu entnehmen ist.

Beides aber für ausschließlich zu erklären, besteht außer dem Zusammenhang mit den Art. 18 und 540 Nr. 4 tZPO kein Anlaß. Diese sind jedoch nicht ausschließlich gedacht, wie oben dargestellt. Aus Art. 4 EHVK kann aber eine ausschließliche Zuständigkeit der türkischen Gerichte und die ausschließliche Maßgeblichkeit des türkischen Rechts für Statussachen nicht entnommen werden, weil der Satz 2, der sich auf familien- und personenrechtliche Verhältnisse und auf den beweglichen Nachlaß bezieht, den Beteiligten die Wahl des Gerichts freistellt ("wenn die Parteien es gemeinschaftlich beantragen oder . . . , können diese Prozesse vor osmanischen Gerichten verhandelt werden"). Diese einseitige Kollisionsnorm des Art. 4 S. 2 EHVK, die nur Ausländer betrifft, ist für türkische Staatsangehörige dahin allseitig auszudehnen, daß auch für sie die Möglichkeit besteht, sich in den betreffenden Fällen wahlweise an ein ausländisches Gericht zu wenden.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, daß entgegen der herrschenden Meinung und Praxis der Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen (deutschen) Scheidungsurteils, das sich auf einen türkischen Staatsangehörigen bezieht, außer Art. 540 Nr. 4 tZPO nichts im Wege steht. Wörtlich bezieht sich das Verbot dieser Bestimmung - sowie auch der Art. 537-545 tZPO im ganzen nur auf die Vollstreckung, nicht auf die Anerkennung. Man versucht deshalb sowohl in der Literatur als auch in der Praxis, diese Lücke zu füllen, indem die Vorschriften und Voraussetzungen der Vollstreckung auch für die Anerkennung gelten. Zwischen den beiden Instituten besteht jedoch ein beträchtlicher Unterschied. Außerdem entspricht eine solche Lösung nicht der Zweckmäßigkeit und den Bedürfnissen des internationalen Rechtsverkehrs, so daß heute durch die sich immer weiter entwickelnden Beziehungen der Türkei (vor allem in jüngster Zeit) zum Ausland, insbesondere zu Deutschland, unlösbare Konflikte und hinkende Verhältnisse und Ärger für die Betroffenen häufig auftreten. De lege lata ist das Problem zu lösen, indem man das Verbot des Art. 540 Nr. 4 nur auf die Vollstreckung, nicht aber auf die Anerkennung erstreckt.

Da aber diese Auffassung der Rechtslage nun in striktem Gegensatz zur Doktrin und Rechtsprechung der Türkei steht, wäre de lege ferenda zu empfehlen, daß der türkische Gesetzgeber eine entsprechende Regelung trifft.

III. Trennung von Tisch und Bett (Art. 139 tZGB)

1. Einleitung

Eine Trennung von Tisch und Bett, die die eheliche Gemeinschaft aufhebt, das Eheband aber bestehen läßt, sei es beständig, sei es zeitweilig auf ein bis drei Jahre (Art. 139 tZGB), ist dem deutschen Recht unbekannt. Eine der Trennung ähnliche Institution kannte das deutsche Recht bis zum EheG vom 6. 7. 1938 (RGBl I, 807). Dieses hat "die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" und demgemäß auch die Konversationsklage beseitigt. Ob die Trennung von Tisch und Bett mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft vergleichbar ist, ist heute nicht mehr von praktischem Interesse. Ob der deutsche Richter eine Trennung von Tisch und Bett zwischen Eheleuten, deren Heimatrecht dies vorsieht, aussprechen kann, ist in der Lehre umstritten,⁹⁷⁾ während die deutsche Rechtsprechung⁹⁸⁾ heute noch auch nach dem Wegfall der "Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" des deutschen Rechts an der Plenarentscheidung des Reichsgerichts⁹⁹⁾ festhält, welcher die Trennung von Tisch und Bett überhaupt nicht aussprechen läßt, da diese Institution dem deutschen Recht "wesensfremd" sei.

Der Begriff "Wesensfremdheit" ist heute im deutschen Recht ein relativer.¹⁰⁰⁾

97) Vgl. Kahn, Abhandlungen, Bd. II, S. 343 ff.; Frankenstein, IPR, Bd. III, S. 460 ff. (weitere Literatur in Fußn. 26); Lewald, IPR, S. 124 ff.; Staudinger-Raape, Art. 17 Anm. B IV 3; ders., IPR, § 30 A I 2 und 3; Reu, a.a.O., S. 186 ff.; Riezler, IZPR, S. 235 ff.; ders. in FamR. Dtl. u. Fr., S. 518; Maßfeller, in: Intern. FamR. Dtl. u. Fr., S. 186 ff.; Soergel-Kegel, Art. 17 RdNr. 10 und 64; Gamillscheg, in Festschrift für Dölle, S. 289 ff.

98) Vgl. RGZ 167, 193; 151, 226; 150, 283; LG Göttingen, MDR 1948, 361 ff.; OLG Hessen, 12. 7. 1950, IPRspr. 1950/51 Nr. 133; OLG Celle MDR 1953, 488; BayObLG 1960, 370, 376; BayObLG 9. 9. 1960 FamRZ 1961, 220 ff.

99) RGZ 55, 343.

100) Vgl. Riezler, IZPR, S. 233 ff.; Reu, a.a.O., S. 171 ff.; Neuhaus, Internat. Zivilprozeßrecht und internat. Privatrecht", ZAIP 20 (1955) ...

Auszugehen ist stets vom konkreten Einzelfall und für jedes konkrete Institut ist gesondert zu untersuchen, ob die von der ausländischen Norm verlangte Tätigkeit im Aufgabenbereich des deutschen Richters ein Äquivalent findet, und der deutsche Richter überhaupt fähig ist, sie auszuüben.

Problematisch ist auch, ob eine von einem türkischen Gericht ausgesprochene Trennung in Deutschland anzuerkennen ist.

2. Das materielle türkische Recht

Das türkische Recht kennt neben der eigentlichen Scheidung (Art. 129 ff. tZGB) eine zeitweilige Trennung von Tisch und Bett, die nach Art. 139 tZGB nach dem Ermessen des Richters für ein bis drei Jahre auszusprechen ist.¹⁰¹⁾ Diese Trennung ist bloße Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, allenfalls verbunden mit einer Änderung des Güterstandes (Art. 147 tZGB). Sie unterscheidet sich vom bloßen Getrenntleben aufgrund von Art. 162 tZGB oder einer richterlichen Bewilligung in ihren Voraussetzungen und Wirkungen. Als Voraussetzung muß ein Scheidungsgrund nachgewiesen werden. Als weitergehende Wirkung ist nach Ablauf der durch das Trennungsurteil herbeigeführten Trennungszeit eine Scheidung unter erleichterten Voraussetzungen möglich. Damit auf bloße Trennung statt Scheidung erkannt werden darf, muß neben dem Scheidungsgrund einer der folgenden beiden Umstände gegeben sein:

- 1) entweder wird nur auf Trennung geklagt. Sie ist eine selbständige Gestaltungsklage. Eine Scheidung kann in diesem Falle nicht ausgesprochen werden (Art. 132 Abs. II tZGB)¹⁰²⁾
- 2) oder es wird auf Scheidung geklagt, es besteht aber Aussicht auf die Wiedervereinigung der Ehegatten (Art. 138 III tZGB).

... 212 ff.; Staudinger-Raape, S. 379 ff.; Frankenstein, IPR, Bd. III, S. 465 ff.; Gamillscheg, Festschrift für Dölle, S. 290; Dölle, ZAIP 27 (1962), 201 ff./225 und DNotZ 1961, S. 29 ff.

101) Die Frist beginnt mit der Rechtskraft des Urteils (Tem. 2. HD. 1.12.1947 E 6026/K 6477 - Saymen - Erman - Elbir, Külliyyat, C. 8, Nr. 1355).

102) So auch im Falle des Ehebruchs: ATF 54 II 3; Saymen, a.a.O., S. 261. Anders, wenn eine Partei auf Trennung klagt, der aber eine Gegenklage der anderen Partei auf Scheidung entgegensteht. Hier ist die Trennungsklage gegenstandslos, vgl. BGE 83 II 169.

3. Aussprechung der Trennung von Tisch und Bett durch ein deutsches Gericht

Daß die Trennung von Tisch und Bett heute dem deutschen Recht unbekannt ist, verhindert allein noch nicht, daß deutsche Gerichte bei Maßgeblichkeit des türkischen Rechts eine Trennung aussprechen. Dafür muß "die Wesensfremdheit" dieser Institution zur deutschen Rechtsordnung festgestellt werden.

Die herrschende Meinung¹⁰³⁾ folgt heute noch der Plenarentscheidung des Reichsgerichts,¹⁰⁴⁾ die die Trennung überhaupt nicht aussprechen läßt, da diese Institution dem deutschen Recht "wesensfremd" sei. Teilweise wird dies auch damit begründet, daß die Trennung dem deutschen ordre public widerspreche.¹⁰⁵⁾ Ein Verstoß gegen den deutschen ordre public wäre nur dann anzunehmen, wenn es sich um eine beständige Trennung von Tisch und Bett handelte. Der bloße Ausspruch der Trennung im Inland gefährdet nicht die öffentliche Ordnung, solange man die im Heimatstaat der Ausländer erfolgten Trennungen von Tisch und Bett in Deutschland anerkennt.¹⁰⁶⁾ Insbesondere bezüglich der türkischen Trennung, die nur die Versöhnung der streitenden Ehegatten bezweckt, greift der ordre public nicht ein. Art. 139 tZGB sagt ausdrücklich, daß im Falle der Scheidungsklage "nur dann auf Trennung erkannt werden kann, wenn Aussicht auf die Wiedervereinigung der Ehegatten vorhanden ist". Wie das Verlöbniß die Probezeit für die Ehe ist, so ist auch die Trennung des türkischen Rechts als eine Probezeit vor der Scheidung anzusehen. Wird nur auf Trennung geklagt, so hat der Kläger selbst Hoffnung auf eine Wiedervereinigung, sonst hätte er auf Scheidung geklagt. Wird auf Scheidung geklagt, so könnte der Richter die Ehe scheiden, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind. Bestehen die Parteien un-

103) Vgl. Riezler, IZPR, S. 235 ff.; Raape, § 30 A I 2 und 3; SJSchP Anm. III 1 vor § 606 ZPO; Baumbach-Lauterbach, vor § 606 ZPO Anm. 1; Soergel-Kegel, Art. 17 RdNr. 64 Fußn. 56 angegebene Literatur; RG 150, 183; 167, 193; OLG Celle, MDR 1953, 488 ff.; BayObLG 9.9. 1960, FamRZ 1961, 220 ff.; a.M.: Soergel-Kegel, Art. 17 RdNr. 10 und 64; Gamillscheg, Festschrift für Dölle, S. 289 ff.

104) RGZ 55, 345 ff.

105) Vgl. Raape, IPR, S. 283; a.M.: Gamillscheg, Festschrift für Dölle, S. 296; vgl. auch Ferid, StAZ 1953, 281-283; Kahn, Abhandlungen, S. 343; Lewald, IPR, S. 122/123.

106) Vgl. Gamillscheg, a.a.O., S. 296; dagegen Raape, IPR, S. 283; RG 55, 345; 151, 228; 167, 195.

bedingt auf der Scheidung, da Zusammenleben für sie unmöglich sei, obwohl nach Meinung des Richters noch eine Hoffnung auf Wiederversöhnung gegeben ist, so gibt der Gesetzgeber dem Scheidungsrichter die Möglichkeit, von sich aus zu untersuchen, ob die kranke Ehe nicht doch noch zu retten ist.

Das einzige Mittel des Richters dafür außer Trennung ist der sogenannte Sühneversuch (§§ 608-610 ZPO; die entsprechenden Artikel der türkischen ZPO: Art. 494-499 tZPO wurden mit dem Gesetz v. 26.9.1963 ersatzlos aufgehoben¹⁰⁷⁾), zu dem die Streitenden vorgeladen werden. Während einer Trennungszeit aber haben die Ehegatten Gelegenheit, zur Ruhe und Überlegung zu kommen. Außerdem gibt die Trennung den Ehegatten ein anschauliches Bild der persönlichen und finanziellen Konsequenzen einer Scheidung und den Schwierigkeiten der künftigen Kindererziehung.¹⁰⁸⁾

Als solche ist die Trennung des türkischen Rechts sozusagen "die Verlöbniszeit der Scheidung, um die Ehe aufrecht zu erhalten" und nach ihrem Zweck ist sie nicht als dem deutschen *ordre public* verstoßend anzusehen, da auch das deutsche Recht in seinen Bestimmungen auf die Aufrechterhaltung der Ehe abstellt. Einen religiösen Charakter hat die Ehetrennung des türkischen Rechts nicht.

Gegen die herrschende Meinung wird auch eingewendet, daß es zu einer Rechtsverweigerung führt, wenn die deutschen Gerichte sich für unzuständig erklären, und die Parteien aus tatsächlichen Gründen in der Türkei die Trennung nicht erreichen können. Dies ist zwar zutreffend, wenn man an die hohen Kosten und Umstände für die Parteien denkt, reicht aber allein nicht aus, um eine Verpflichtung für das deutsche Gericht zum Ausspruch der Trennung zu begründen. Denn auch dieses Urteil wird in der Türkei nicht anerkannt, so daß unter Umständen den Parteien überhaupt nicht geholfen wäre. Ein Gerichtsstand besteht nämlich in der Türkei immer, wenn eine der Parteien türkische Staatsangehörige ist (Art. 18 tZPO). Deshalb ist es an sich günstiger, wenn die Trennung nicht in Deutschland ausgesprochen wird.

Nach KEGEL¹⁰⁹⁾ soll die Trennung als "Minus"¹¹⁰⁾ gegenüber der Scheidung

107) Res. G. 3.10.1963, Nr. 11521 Kanun No: 338 Art. 1.

108) Vgl. Leuenberger, Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft nach Art. 169 ZGB, Diss. Bern 1944, S. 91.

109) Vgl. Kegel, ZAIP 25 (1960), 201 ff. /214 und IPR, § 20 2b cc und 3b.

110) Ähnlich auch Gamillscheg, Festschrift für Dölle, S. 293: "mindere Art der Eheauflösung".

in Deutschland zugelassen werden. Nach den Vorschlägen des deutschen Rats für IPR¹¹¹⁾ soll sie der Scheidung gleichstehen. Nach ihm sollte sowohl in dem an die Stelle des § 606 b ZPO tretenden Paragraphen¹¹²⁾ als auch in dem an die Stelle des Art. 17 EGBGB tretenden Artikels¹¹³⁾ nicht nur die Scheidung, sondern auch die Trennung von Tisch und Bett erwähnt und unter die Ehesachen aufgenommen werden.

Die Trennung des türkischen Rechts hat anders als die italienische "separazione per colpa" keinen religiösen Einschlag;¹¹⁴⁾ sie besteht neben der Scheidung in der türkischen Rechtsordnung, so daß für eine die Scheidung ersetzende Rolle, wie die italienische beständige Trennung von Tisch und Bett, kein Platz ist. Entweder kann auf Trennung geklagt werden, in diesem Fall ist sie ein Versöhnungsmittel für die klagende Partei, damit sie vom letzten Versöhnungsmittel für die Aussöhnung und Wiedervereinigung Gebrauch macht, bevor sie die endgültige Auflösung ihrer Ehe begehrt, oder kann die Trennung bei einer Scheidungsklage vom Richter nach seinem Ermessen von Amts wegen ausgesprochen werden, wenn er der Überzeugung ist, daß Aussicht auf die Wiedervereinigung besteht. In beiden Fällen¹¹⁵⁾ handelt es sich um eine

111) ZAIP 25 (1960), 339 und Kegel, ZAIP 25 (1960), 201 ff.

112) ZAIP 25 (1960), 342 unter "Internationale Zuständigkeit". (1).

113) ZAIP 25 (1960), 341 unter "Ehescheidung", § A, (1), § B, (1), und (2).

114) In der Schweiz dagegen auch religiösen Charakter, vgl. Egger, Art. 143 RdNr. 3; Hinderling, a. a. O., S. 80; Hanselmann, Liebe und Ehe, Zürich 1936, S. 57; Saymen, a. a. O., S. 260. Eine Trennung auf unbestimmte Zeit, wie nach Art. 147 ZGB, kennt das türkische Recht nicht.

115) Nach ihrem Zweck unterscheidet sich die Trennung des Art. 139 tZGB von dem als Schutz der Ehe vorgesehenen "Getrenntleben" des Art. 162 tZGB, das vom Vormundschaftsrichter auf Begehren eines Ehegatten angeordnet wird, wenn die Gesundheit, der gute Ruf oder das wirtschaftliche Auskommen dieses Ehegatten durch das Zusammenleben ernstlich gefährdet sind (Art. 162 I tZGB). Dies ist eine selbständige Maßnahme zum Schutze der Gemeinschaft und wird vom Einzelrichter im summarischen Verfahren geregelt, setzt keinen Scheidungsprozeß voraus und kann keinen Scheidungsprozeß zur Entstehung bringen. Sie bezweckt also ausschließlich den Schutz der ehelichen Gemeinschaft und ist kein Bewährungsmittel, bei dessen Versagen die Ehe aufgelöst werden soll (vgl. Egger, Art. 170 RdNr. 1 ZGB).

Über die Anwendung dieser Bestimmungen in Deutschland vgl. S. 75 ff.

andere Institution als die Scheidung, nicht aber um eine Institution, die die Scheidung ersetzt und der Scheidung gleichgestellt ist. Sie unterscheidet sich von der Scheidung nicht nur durch ihre Folgen, sondern auch durch ihren Zweck. Sie ist höchstens als eine Vorstufe der Scheidung anzusehen, dient aber in erster Linie der Aufrechterhaltung der Ehe.¹¹⁶⁾

Nach GAMILLSCHEG sollen deutsche Gerichte auch auf Trennung von Tisch und Bett erkennen, wenn das in Art. 17 EGBGB bezeichnete Recht eine solche kennt.¹¹⁷⁾ Als Argument dafür bringt er ein Beispiel aus der Praxis des Reichsgerichts,¹¹⁸⁾ wonach "die Beschränkung des Begriffs der Ehesachen auf die in § 606 ZPO genannten Fälle im übrigen das Reichsgericht nicht gehindert hat, eine anfechtbare Ehe mit den Wirkungen des schweizer Rechts für ungültig zu erklären".

Der Unterschied zwischen der Ungültigkeit der Ehe des schweizerischen Rechts und der Aufhebung der Ehe des deutschen Rechts (vgl. oben S. 35 ff.) ist jedoch nicht so bedeutend wie der zwischen Trennung und Scheidung. Die Ungültigkeit der Ehe des schweizerischen Rechts hat im deutschen Recht ein ziemlich genaues Äquivalent, nämlich die Aufhebung der Ehe und dies rechtfertigt, daß sie auch von einem deutschen Gericht ausgesprochen werden kann, auch wenn sie anstatt Aufhebung Ungültigkeit der Ehe heißt.

Der Unterschied zwischen der Scheidung und Trennung geht aber über die wörtlichen Bezeichnungen der beiden Institutionen hinaus, so daß hier die Grundsätze der oben genannten Entscheidung¹¹⁹⁾ nicht anwendbar sind.

Freilich sind unter der Bezeichnung Scheidung der Ehe in Art. 17 EGBGB nicht nur die Institutionen des ausländischen Rechts zu verstehen, die genau mit Scheidung der Ehe benannt sind, sondern auch diejenigen, die der Scheidung des deutschen Rechts entsprechen oder sie ersetzen.¹²⁰⁾ Dies genügt aber al-

116) Dagegen Gamillscheg, Festschrift für Dölle, S. 298, dessen Einwand aber nur für die beständige Trennung von Tisch und Bett zutreffend ist, jedoch nicht für die Trennung des türkischen Rechts.

117) Vgl. Gamillscheg, Festschrift für Dölle, S. 298.

118) RG vom 7.5.1936, RGZ 151, 226 ff. = JW 1936, 1949.

119) RGZ 151, 226 ff.

120) Vgl. Gamillscheg, a.a.O., S. 298; Jayme, a.a.O., S. 77; Frankenstein, IPR, Bd. III, S. 465 ff.; über die Entstehungsgeschichte des Art. 17 EG siehe Kahn, Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, Bd. II, S. 345 ff.

lein nicht, daß eine Institution vom deutschen Gericht angewendet werden kann, wenn sie im deutschen Recht kein Äquivalent findet¹²¹⁾ und der deutschen Rechtsordnung als "wesensfremd" zu bezeichnen ist. Kommen weitere Umstände hinzu, die im Wesen des Rechtsinstituts liegen und die der Anwendung des ausländischen Rechts (hier eines Trennungsurteils nach dem türkischen Recht) durch deutsche Gerichte entgegenstehen, so kann vom deutschen Gericht diese "Trennung nach Art. 139 tZGB" nicht ausgesprochen werden.¹²²⁾ Dies trifft hier zu. Eine gestaltende Trennungsklage ist dem deutschen Recht unbekannt. Als ähnliches Institut käme heute nur eine incidente gerichtliche Genehmigung des Getrenntlebens in Betracht, die im Wege der negativen Feststellungsklage¹²³⁾ oder der Abweisung der Herstellungsklage oder unter ganz besonderen Umständen auch bei Abweisung der Scheidungsklage¹²⁴⁾ möglich ist.¹²⁵⁾ Diese unterscheiden sich aber von der türkischen Trennung,

121) Auch hier sind die Voraussetzungen der Äquivalenz großzügig festzulegen. Eine bis zu den Einzelheiten geforderte Übereinstimmung des ausländischen Rechts mit dem inländischen würde zur Nichtanwendung der eigenen Kollisionsnormen führen. Die bloße Verschiedenheit zwischen ausländischem und inländischem Recht ist noch kein Grund zur Verneinung der prozessualen staatlichen Zuständigkeit (vgl. Vischer, F., a. a. O., S. 83/84; Riezler, IZPR, S. 234/235). Dies gilt auch bezüglich "der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" des deutschen Rechts (§ 1575, 1576 BGB a. F.) und "der Trennung von Tisch und Bett", vgl. Vischer, F., a. a. O., S. 83/84 und 61/62.

122) Vgl. über das italienische Recht: Jayme, a. a. O., S. 76-88.

123) Vgl. Palandt-Lauterbach, Einf. vor § 1353, Anm. 3 und Anm. 4; Schuster bei Dölle, Familienrecht, S. 397 ff.; vgl. zu § 1353 BGB LG Düsseldorf vom 4. 12. 1959, FamRZ 1960, 155; Die Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben ist -als eine Klage im Eheprozeß - grundsätzlich zulässig. Voraussetzung ist ein Rechtsschutzbedürfnis (Sachurteilsvoraussetzung nach § 256 ZPO). So auch RG 150, 70; SJSchP, vor § 606 Anm. III 5; Rosenberg, ZPR, § 161 I 1 e; a. M.: Wieczorek, § 606 Anm. B I e 1 und § 627 Anm. A III a 1.

124) Vgl. BGH LM § 48 II EheG Nr. 27.

125) Das Getrenntleben als einstweilige Anordnung im Ehestreit nach § 627 ZPO kommt hier weniger in Betracht, da es auch im türkischen Recht vorgesehen und als ein anderes Institut ohnehin zulässig ist (vgl. S. 47 ff.)

die mit einer Gestaltungsklage beansprucht wird, nicht nur wegen ihrer anderen Klageart, sondern sie sind auch ihrem Wesen nach anders als die durch die Trennungsklage erreichbare Trennung des türkischen Rechts, was die Voraussetzungen, Wirkungen und Folgen der Trennung anbelangt.¹²⁶⁾ Sie könnten allenfalls ein Äquivalent zu dem "Getrenntleben" nach der gemäß Art. 162 tZGB erfolgten Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes bilden.

Auch hier bestehen jedoch Bedenken. Ist auf Scheidung geklagt worden, und hat der deutsche Richter nach türkischem Recht zu entscheiden, so kommen für die Frage, ob er die Trennung von ein bis drei Jahren aussprechen soll, da Aussicht auf die Wiedervereinigung der Ehegatten vorhanden ist, weitere Bedenken zu:

Hier ist zwar die Klage auf Scheidung zulässig, da auch das deutsche Recht sie kennt. Daß aber der deutsche Richter

- 1) von Amts wegen untersuchen soll, ob eine Aussicht auf die Wiedervereinigung der Ehegatten gegeben ist, wenn sie eine gewisse Zeit (diese muß er ebenfalls nach seinem Ermessen von ein bis drei Jahren feststellen) getrennt leben und dazu
- 2) ein Gestaltungsurteil über die Scheidung aussprechen muß, wenn nach Ablauf der Trennungszeit die Wiedervereinigung¹²⁷⁾ nicht erfolgt, und einer der beiden Ehegatten die Scheidung begehrt.¹²⁸⁾

Das letztere Verfahren ist die Fortsetzung des ersten Scheidungsverfahrens, das durch ein Trennungsurteil beendet worden war.¹²⁹⁾ Hier braucht aber kein neuer Scheidungsgrund vorgebracht zu werden. Es genügt, daß die Wiedervereinigung während und nach Ablauf der Trennungszeit nicht erfolgt ist. Das türkische Recht geht hier von der Vermutung aus, daß die Ehe so tief zerrüttet ist, daß die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft den beiden Ehe-

126) Vgl. S. 113, Fußn. 115.

127) Diese setzt die Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft in allen ihren wesentlichen Beziehungen voraus, vgl. Egger, Art. 148 RdNr. 3; BGE 85 II 1.

128) Eine Einschränkung besteht hier nur für den allein schuldigen Ehegatten (Art. 140 I tZGB). Auch der überwiegend schuldige Ehegatte kann die Scheidung begehren (Saymen, a.a.O., S. 263). Wird aber die Wiedervereinigung von der schuldlosen Partei verweigert, so kann auch der allein schuldige Ehegatte die Scheidung begehren. Eine Klage auf richterliche Verlängerung der Trennungszeit gibt es nicht (vgl. Egger, Art. 148 RdNr. 10).

129) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 262.

lein nicht, daß eine Institution vom deutschen Gericht angewendet werden kann, wenn sie im deutschen Recht kein Äquivalent findet¹²¹⁾ und der deutschen Rechtsordnung als "wesensfremd" zu bezeichnen ist. Kommen weitere Umstände hinzu, die im Wesen des Rechtsinstituts liegen und die der Anwendung des ausländischen Rechts (hier eines Trennungsurteils nach dem türkischen Recht) durch deutsche Gerichte entgegenstehen, so kann vom deutschen Gericht diese "Trennung nach Art. 139 tZGB" nicht ausgesprochen werden.¹²²⁾ Dies trifft hier zu. Eine gestaltende Trennungsklage ist dem deutschen Recht unbekannt. Als ähnliches Institut käme heute nur eine incidente gerichtliche Genehmigung des Getrenntlebens in Betracht, die im Wege der negativen Feststellungsklage¹²³⁾ oder der Abweisung der Herstellungsklage oder unter ganz besonderen Umständen auch bei Abweisung der Scheidungsklage¹²⁴⁾ möglich ist.¹²⁵⁾ Diese unterscheiden sich aber von der türkischen Trennung,

121) Auch hier sind die Voraussetzungen der Äquivalenz großzügig festzulegen. Eine bis zu den Einzelheiten geforderte Übereinstimmung des ausländischen Rechts mit dem inländischen würde zur Nichtanwendung der eigenen Kollisionsnormen führen. Die bloße Verschiedenheit zwischen ausländischem und inländischem Recht ist noch kein Grund zur Verneinung der prozessualen staatlichen Zuständigkeit (vgl. Vischer, F., a. a. O., S. 83/84; Riezler, IZPR, S. 234/235). Dies gilt auch bezüglich "der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" des deutschen Rechts (§ 1575, 1576 BGB a. F.) und "der Trennung von Tisch und Bett", vgl. Vischer, F., a. a. O., S. 83/84 und 61/62.

122) Vgl. über das italienische Recht: Jayme, a. a. O., S. 76-88.

123) Vgl. Palandt-Lauterbach, Einf. vor § 1353, Anm. 3 und Anm. 4; Schuster bei Dölle, Familienrecht, S. 397 ff.; vgl. zu § 1353 BGB LG Düsseldorf vom 4. 12. 1959, FamRZ 1960, 155; Die Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben ist -als eine Klage im Eheprozeß - grundsätzlich zulässig. Voraussetzung ist ein Rechtsschutzbedürfnis (Sachurteilstvoraussetzung nach § 256 ZPO). So auch RG 150, 70; SJSchP, vor § 606 Anm. III 5; Rosenberg, ZPR, § 161 I 1 e; a. M.: Wieczorek, § 606 Anm. B I e 1 und § 627 Anm. A III a 1.

124) Vgl. BGH LM § 48 II EheG Nr. 27.

125) Das Getrenntleben als einstweilige Anordnung im Ehestreit nach § 627 ZPO kommt hier weniger in Betracht, da es auch im türkischen Recht vorgesehen und als ein anderes Institut ohnehin zulässig ist (vgl. S. 47 ff.)

die mit einer Gestaltungsklage beansprucht wird, nicht nur wegen ihrer anderen Klageart, sondern sie sind auch ihrem Wesen nach anders als die durch die Trennungsklage erreichbare Trennung des türkischen Rechts, was die Voraussetzungen, Wirkungen und Folgen der Trennung anbelangt.¹²⁶⁾ Sie könnten allenfalls ein Äquivalent zu dem "Getrenntleben" nach der gemäß Art. 162 tZGB erfolgten Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes bilden.

Auch hier bestehen jedoch Bedenken. Ist auf Scheidung geklagt worden, und hat der deutsche Richter nach türkischem Recht zu entscheiden, so kommen für die Frage, ob er die Trennung von ein bis drei Jahren aussprechen soll, da Aussicht auf die Wiedervereinigung der Ehegatten vorhanden ist, weitere Bedenken zu:

Hier ist zwar die Klage auf Scheidung zulässig, da auch das deutsche Recht sie kennt. Daß aber der deutsche Richter

- 1) von Amts wegen untersuchen soll, ob eine Aussicht auf die Wiedervereinigung der Ehegatten gegeben ist, wenn sie eine gewisse Zeit (diese muß er ebenfalls nach seinem Ermessen von ein bis drei Jahren feststellen) getrennt leben und dazu
- 2) ein Gestaltungsurteil über die Scheidung aussprechen muß, wenn nach Ablauf der Trennungszeit die Wiedervereinigung¹²⁷⁾ nicht erfolgt, und einer der beiden Ehegatten die Scheidung begehrt.¹²⁸⁾

Das letztere Verfahren ist die Fortsetzung des ersten Scheidungsverfahrens, das durch ein Trennungsurteil beendet worden war.¹²⁹⁾ Hier braucht aber kein neuer Scheidungsgrund vorgebracht zu werden. Es genügt, daß die Wiedervereinigung während und nach Ablauf der Trennungszeit nicht erfolgt ist. Das türkische Recht geht hier von der Vermutung aus, daß die Ehe so tief zerrüttet ist, daß die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft den beiden Ehe-

126) Vgl. S. 113, Fußn. 115.

127) Diese setzt die Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft in allen ihren wesentlichen Beziehungen voraus, vgl. Egger, Art. 148 RdNr. 3; BGE 85 II 1.

128) Eine Einschränkung besteht hier nur für den allein schuldigen Ehegatten (Art. 140 I tZGB). Auch der überwiegend schuldige Ehegatte kann die Scheidung begehren (Saymen, a.a.O., S. 263). Wird aber die Wiedervereinigung von der schuldlosen Partei verweigert, so kann auch der allein schuldige Ehegatte die Scheidung begehren. Eine Klage auf richterliche Verlängerung der Trennungszeit gibt es nicht (vgl. Egger, Art. 148 RdNr. 10).

129) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 262.

gatten nicht mehr zugemutet werden kann,¹³⁰⁾ wenn nach Ablauf dieser Frist die Wiedervereinigung nicht erfolgt ist. Eine ähnliche Vermutung kennt das deutsche Recht nicht,¹³¹⁾ und die beiden richterlichen Tätigkeiten, die unter 1 und 2 dargelegt sind, finden im deutschen Recht kein Äquivalent und sind der deutschen Rechtsordnung wesensfremd.¹³²⁾

Die Ehetrennung nach Art. 139 tZGB kann also in Deutschland weder allein begehrt noch ausgesprochen werden, wenn bereits auf Scheidung geklagt ist und die Voraussetzungen des Art. 138 I und II und 140 tZGB vorliegen.

130) Dies ist der Scheidungsgrund des Art. 134 tZGB.

131) Die Vermutung des § 48 I EheG kann nicht damit verglichen werden, da es sich hier

a) um einen selbständigen, im Gesetz festgesetzten Scheidungsgrund mit vielen Einschränkungen handelt (Abs. II und III).

Außerdem ist vorausgesetzt, daß die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben ist. Die Trennungszeit kann dagegen nach Art. 139 tZGB auf ein bis drei Jahre festgesetzt worden sein, wobei dem Ermessen des Richters sehr großer Spielraum gelassen ist, während dies in § 48 EheG vom Gesetzgeber festgelegt und für ein richterliches Ermessen kein Raum ist.

b) weiter ist vorausgesetzt, daß die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft infolge einer tiefgreifenden, unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses nicht zu erwarten ist.

Nach dem türkischen Recht wird dies dagegen als Folge des erfolglosen Ablaufes der Trennungszeit vom Gesetzgeber vermutet.

132) In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, daß das Gericht, wenn es bei Anwendung des ausländischen Rechts ein Gestaltungsurteil erläßt, während bei einer Beurteilung nach der lex fori nur ein Feststellungsurteil in Betracht käme, nicht fremdes Prozeßrecht anwendet (was es nach feststehender Lehre nicht dürfte), sondern fremdes Sachrecht, wozu es kraft IPR verpflichtet ist. Nicht das Verfahrensrecht, sondern das Sachrecht bestimmt, ob eine Rechtsänderung nur durch Urteil oder etwa auch durch private Erklärung erfolgen kann (Vischer, a.a.O., S. 84 Fußn. 31).

4. Die Anerkennung türkischer Trennungsurteile in Deutschland

a) Wenn das türkische Urteil türkische Staatsangehörige betrifft:

Nach allgemeiner Auffassung werden Trennungsurteile, die Personen betreffen, deren Heimatsrecht dieses Rechtsinstitut kennt, in Deutschland anerkannt.¹³³⁾

b) Wenn das türkische Urteil deutsche Staatsangehörige betrifft:

Der Ausspruch der Trennung nach türkischem Recht könnte in der Türkei einmal in den in Art. 76 tZPO vorgesehenen Fällen¹³⁴⁾ vorkommen. Dieser Fall tritt aber praktisch nicht mehr auf, da das türkische Recht nicht angewendet und die Trennung ausgesprochen werden kann, wenn das deutsche Recht bewiesen ist. Außerdem kann das türkische Recht oder ein anderes maßgebend werden, dem die Trennung nicht fremd ist, als Wohnsitz- oder Heimatrecht des Klägers, als Recht des Eheschließungsortes, oder wenn eine Partei türkischer Staatsangehöriger ist.

Eine dadurch ausgesprochene Trennung deutscher Eheleute wird in Deutschland nicht anerkannt; sie existiert in Deutschland nicht.¹³⁵⁾ Wie vorhin dargelegt, ist "die Trennung" dem deutschen Recht wesensfremd und verstößt gegen den Zweck des deutschen Gesetzes, soweit sie Deutsche betrifft (§ 328 Nr. 4 ZPO).

Eine weitere Frage ist, ob ein deutsches Gericht die Scheidung ohne Prüfung der Scheidungsgründe aussprechen kann, wenn die Trennung der türkischen Eheleute in der Türkei ausgesprochen, in Deutschland anerkannt, und die Trennungszeit erfolglos abgelaufen ist. Bei türkischen Eheleuten ist dies zu verneinen, da für diese Scheidung wiederum der erste Scheidungs(= Trennungs)richter zuständig ist, und das Verfahren als Fortsetzung des vorherigen Trennungsverfahrens anzusehen ist¹³⁶⁾ (bei schweizerischen Eheleuten ist dies dagegen nicht der Fall, da die Schweiz dieses neue Verfahren als selbständi-

133) Vgl. Maßfeller, in Intern. FamR.Dtl.u.Fr., S. 187.

134) "Wenn das maßgebende ausländische Recht nicht bewiesen werden kann", vgl. oben S. 83 Fußn. 5.

135) Vgl. Maßfeller, a. a. O., S. 186; für italienische Urteile Jayme, a. a. O., S. 82.

136) Vgl. Egger, Art. 148 RdNr. 11; BGE 42 I 148.

ges Verfahren betrachtet).¹³⁷⁾ Ein weiteres Bedenken gegen den Ausspruch einer solchen Scheidung in Deutschland ist der Scheidungsgrund der Ehezerrüttung, der durch den erfolglosen Ablauf der Trennungszeit vermutet wird. Art. 17 IV EGBGB (nach dieser Vorschrift muß die Scheidung auch nach deutschem Recht möglich sein) steht einer solchen Scheidung entgegen; denn die Trennungszeit und dadurch die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft kann unter Umständen unter drei Jahren festgesetzt sein¹³⁸⁾ oder es kann sein, daß die Zerrüttung nicht so tief ist, wie es in § 48 EheG vorausgesetzt wird. Vor allem aber kann der deutsche Richter nicht lediglich aufgrund der Tatsache, daß die Trennungszeit erfolglos abgelaufen ist, die Scheidung der Ehe aussprechen.

Sechster Teil KINDSCHAFTSRECHT

1. Abschnitt Das eheliche Kindschaftsverhältnis

A. Die eheliche Abstammung

I. Die Abstammung

1. Maßgebendes Recht

Das türkische Recht ist in Deutschland für die Abstammung eines Kindes nur dann anzuwenden, wenn der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes (beziehungsweise, falls der Vater vor der Geburt des Kindes gestorben ist, zur Zeit des Todes) türkische Staatsangehörigkeit besessen hat (Art. 18 I EGBGB).

Für die Anfechtung der Ehelichkeit ist das deutsche Recht maßgebend, selbst wenn nur die Mutter des Kindes deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder,

137) Vgl. Egger, Art. 148 RdNr. 11 und die dort angegebene Literatur.

Auch hier bestehen aber Bedenken, da die Schweiz neben der zeitweiligen Trennung auch eine auf unbestimmte Zeit kennt.

138) Bei der Trennung des TGB auf unbestimmte Zeit kann die Scheidungsklage erst nach Ablauf von drei Jahren verlangt werden (vgl. Art. 147 III ZGB).

falls sie gestorben ist, im Zeitpunkt ihres Todes besessen hat, und das Kind im Zeitpunkt der Anfechtung noch minderjährig oder in minderjährigem Alter gestorben ist, auch wenn der Muttergatte Türke ist (Art. 18 II EGBGB).

Das deutsche Recht kommt in der Türkei nur dann zur Anwendung, wenn sowohl die Eltern als auch das Kind deutsche Staatsangehörigkeit haben. Sind die Eltern und das Kind verschiedener Staatsangehörigkeit, so ist das Heimatrecht des Kindes maßgebend, das deutsche Recht also dann, wenn das Kind zur Zeit der Geburt deutscher Staatsangehörigkeit ist.¹⁾

2. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte in Abstammungsfragen

Die Zuständigkeit des deutschen Gerichts bestimmt sich nach § 642 I ZPO. Danach ist für die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes und für die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Kindschaftsverhältnisses die internationale Zuständigkeit subsidiär bei dem Gerichtsstand des Klägers gegeben, wenn der Beklagte keinen Gerichtsstand im Inland hat. Außerdem ist Hilfsgerichtsstand des Landgerichts Berlin gegeben, wenn mindestens eine Partei deutsche Staatsangehörigkeit besitzt (§ 642 I S. 2 ZPO).²⁾

Für die Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes ist das Landgericht, in dessen Bezirk sie im Inland ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat oder zur Zeit des Todes gehabt hat, zuständig, wenn die Mutter die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder zur Zeit ihres Todes besessen hat und ein Gerichtsstand im Inland nicht begründet ist. In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes beziehungsweise Aufenthaltes ist wiederum das Landgericht Berlin zuständig (§ 642 II ZPO; diese Bestimmung entspricht der des Art. 18 II EGBGB).

Im Gegensatz zu den Ehesachen ist in Kindschaftssachen die internationale Zuständigkeit nicht von der Anerkennung der Urteile durch den Heimatstaat der Beteiligten abhängig.³⁾

- 1) Vgl. Berk, a.a.O., S. 397; nach Sevig, a.a.O., S. 495, soll dies nicht gelten, wenn einer der Elternteile türkisch ist. Sind demnach das Kind und die Mutter türkische Staatsangehörige - dies wird nach Art. 1b des neuen tStAG immer der Fall sein - so ist das türkische Recht maßgebend, auch wenn der Ehemann Deutscher ist.
- 2) Vgl. darüber Riezler, Gerichtliche Zuständigkeit im internationalen Familienrecht, in Intern. FamR. Dtl. u. Fr., S. 526, Fußn. 28.

Ist der Muttergatte gestorben und ficht das Kind die Ehelichkeit an, so greift ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein: Die Feststellung der Un-ehelichkeit des Kindes muß beim Vormundschaftsgericht beantragt werden (§ 1599 II BGB). Das Verfahren ist eine Vormundschaftssache im Sinne der §§ 35-64 FGG. International zuständig sind die deutschen Gerichte in diesem Fall, wenn das Kind im Inland seinen gewöhnlichen, hilfsweise schlichten Aufenthalt gehabt hat, wenn es bei seinem Tod deutsche Staatsangehörigkeit besessen hat, oder wenn das deutsche Recht über die Ehelichkeit entscheidet, etwa als Heimatrecht des Muttergatten (Art. 18 I EGBGB) beziehungsweise als Heimatrecht der deutschen Mutter (Art. 18 II EGBGB), oder wenn im Inland ein Bedürfnis nach Fürsorge auftritt. Auch die Verweisungszuständigkeit kann die internationale Zuständigkeit begründen.⁴⁾

3. Das materielle türkische Recht

a) Vaterschaftsvermutung und Empfängniszeit

Ehelich sind nach dem deutschen Recht die Kinder, die einer rechtsgültig geschlossenen Ehe entstammen, gleichgültig ob sie vor oder während der Ehe gezeugt wurden. Sie können während des Bestandes der Ehe oder nach ihrer Auflösung geboren sein (§ 1591 BGB). Dies wird durch die zweifache Vermutung des Gesetzes zum Ausdruck gebracht, daß der Mann der Frau während der Empfängniszeit beigewohnt hat (Abs. II), und daß zwischen der Beiwohnung des Mannes und der Geburt ein ursächlicher Zusammenhang besteht.⁵⁾ Der Mann muß der Frau während der Empfängniszeit, das ist die Zeit zwischen dem 181. und 302. Tage vor der Geburt, beigewohnt haben (§§ 1591, 1592 BGB).

Auch Art. 241 tZGB bringt eine dreifache Vermutung zum Ausdruck:

1. des geschlechtlichen Verkehrs der Ehegatten, 2. der Ausschließlichkeit dieses Verkehrs, das heißt der ehelichen Treue der Ehefrau und 3. der Kausalität zwischen Beiwohnung und Schwangerschaft.⁶⁾ Diese Vermutung des Art. 241 tZGB betrifft nur diejenigen Kinder, die während der Ehe oder innerhalb einer Frist von 300 Tagen nach Auflösung der Ehe geboren sind. (Diese Frist wird vom deutschen BGB auf 302 Tage angesetzt - § 1592 I BGB⁷⁾).

4) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 18 RdNr. 31-34; ders., IPR, S. 311.

5) Soergel-Lade, § 1591, Anm. 1.

6) Vgl. Egger, Art. 252 RdNr. 6.

7) Sie soll sogar nach Beitzke, Familienrecht, S. 139, noch verlängert werden.

Die Beiwohnung wird vermutet, wenn die Geburt⁸⁾ 180 Tage nach der Eheschließung erfolgt, oder noch keine 300 Tage seit der Auflösung der Ehe verstrichen sind (Art. 241, 243, 244 tZGB). Somit sieht das türkische Recht eine 121-tägige Empfängniszeit (= période critique) vor. Auch die Kinder, die während der Ehe, aber in den unmittelbar der Eheschließung nachfolgenden 180 Tagen geboren sind, gelten als ehelich. Diese Ehelichkeit kann aber aufgrund der früheren Geburt leichter als sonst (Beweislastumkehr) angefochten werden (Art. 244 tZGB).

Eine dem § 1592 II BGB entsprechende Erweiterung der Empfängniszeit ist dem türkischen Recht unbekannt. Nach Art. 241 II tZGB gilt nämlich das nach Ablauf des 300. Tages geborene Kind nicht mehr als ehelich.⁹⁾

b) Anfechtung der Ehelichkeit

Während nach deutschem Recht der Ehemann (§ 1594; nach seinem Tode seine Eltern, § 1595 a BGB) und das Kind (§ 1596 BGB) zur Anfechtung der Ehelichkeit berechtigt sind, gewährt das türkische Recht die Klage dem Ehemann (Art. 242 tZGB),¹⁰⁾ subsidiär den Erben, das heißt denjenigen, die neben oder nach dem Kinde erbberechtigt sind (Art. 245 tZGB), wenn der Ehemann vor Ablauf der Anfechtungsfrist gestorben oder urteilsunfähig geworden, oder wenn sein Aufenthalt unbekannt ist oder es aus anderen Gründen unmöglich ist, ihm die Geburt mitzuteilen. Außerdem ist der Staatsanwalt anfechtungsberechtigt bei Zeugung vor Abschluß der Ehe, falls nachgewiesen wird, daß der Ehemann unmöglich der Vater des Kindes sein kann, auch wenn er die Ehelichkeit anerkannt hat (Art. 245 II tZGB). Durch das Familienrechtsänderungsgesetz v. 11.8.1961 (Art. 1 Nr. 4) wurde im deutschen Recht das An-

8) Die Vermutung, daß das Kind "lebendig" geboren ist, setzt voraus, daß das Kind geatmet hat und "vollständig" geboren ist (Art. 27 I tZGB). Das letztere wird angenommen, wenn die Nabelschnur des Kindes getrennt wird oder sein Herz unabhängig von dem Herz seiner Mutter geschlagen hat (vgl. Saymen, a.a.O., S. 300; ders., Medeni Hukuk, Bd. II, S. 25 ff.). Nur für die Geburten, die nach der Auflösung der Ehe erfolgen, nimmt Saymen an, daß abgesehen von den Voraussetzungen des Art. 27 I tZGB, der Beginn des gewöhnlichen Geburtsvorganges maßgebend ist.

9) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 303; Tem.2.HD. 15.4.1952 E 2025/K 2322 (Saymen - Erman - Elbir, Külliyyat, Bd. 5 No: 55).

10) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 307; Egger, Art. 253 RdNr. 2.

fechtungsrecht des Staatsanwalts beseitigt und wenigstens teilweise durch ein Anfechtungsrecht des Kindes ersetzt (§ 1596 BGB). Das tZGB räumt kein Anfechtungsrecht für das Kind ein. Wegen der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes kann hierbei keine Rede von einer Lücke sein. Außerdem wird das Kind in Art. 242 II tZGB zusammen mit seiner Mutter als Anfechtungsbeklagte angesehen. Die Klage muß also gegen beide (Kind und Mutter) gerichtet werden.¹¹⁾

Für die Anfechtung der Ehelichkeit setzt das tZGB in Art. 242 I eine Frist von einem Monat,¹²⁾ während diese Frist im deutschen Recht zwei Jahre beträgt (§ 1594 I BGB). Diese Frist ist eine Ausschußfrist,¹³⁾ die vom Tage der erlangten Kenntnis der Geburt an zu laufen fängt, während im deutschen Recht die Erlangung der Kenntnis der für die Unehelichkeit sprechenden Umstände entscheidend ist (§ 1594 Abs. II BGB). Die Verwirkung tritt ein durch ungenutzten Ablauf der Anfechtungsfrist oder durch die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung der Ehelichkeit (Art. 246 tZGB). Eine absolute Frist, wie in § 1594 IV BGB (zehn Jahre), ist im tZGB nicht vorgesehen. Jedoch ist eine Anfechtung nach Ablauf eines Monats zulässig, wenn triftige Gründe vorliegen,¹⁴⁾ die die Entschuldigung des Ablaufs der Frist rechtfertigen (Art. 246 III tZGB). Der Richter hat diese Gründe nach seinem Ermessen zu würdigen (Art. 4 tZGB).

-
- 11) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 311; aber Velidedeoğlu, Medeni Hukuk, Bd. II, S. 253/254; Egger, Art. 253 RdNr. 5; vgl. auch BGE 73 II 201: in der gleichen Klage kann das Kind nicht als Kläger und Beklagte angesehen werden.
- 12) Vgl. Tem.2. HD. 15.4.1942 E 2055/K 2322 (Saymen - Erman - Elbir, Külliyat, Bd. 5 No: 55).
- 13) Im türkischen und schweiz. Recht (Art. 257 ZGB) Verwirkungsfrist genannt; vgl. Egger, Art. 127 ZGB RdNr. 4; Tem.2. HD. 17.11.1953 E 5970/K 5289 (Olgaç, a.a.O., Bd. I m. 242, No: 1147).
- 14) Sie müssen jedenfalls ohne "Verschulden" des Klägers eingetreten sein, etwa: gänzliche Unmöglichkeit der Geltendmachung, Fristversäumnis durch den Rechtsanwalt, unverschuldeter Irrtum, auch Rechtsirrtum: der Kläger versäumt die Frist, weil er vom Gerichtspräsidenten an ein unzuständiges Gericht gewiesen worden ist, BGE 55 II 11. (Vgl. Egger, Art. 257 RdNr. 2; Tuor, a.a.O., S. 205; Saymen, a.a.O., S. 313). In diesen Fällen muß die Klage nach Wegfall der Behinderung sofort, das heißt, mit aller nach den Umständen möglichen Beschleunigung eingereicht werden, Tem.2. HD. 19.3.1951 E 8853/K 2159 (Saymen - Erman - Elbir, Külliyat, Bd. IV, Nr. 1803); vgl. auch BGE 55 II 12.

c) Probleme der Anwendung des türkischen materiellen Rechts
in Deutschland

Problematisch ist vor allem die Anwendung der Vorschrift des Art. 245 II tZGB, die für den Staatsanwalt ein Anfechtungsrecht vorsieht. Das Anfechtungsrecht des Staatsanwalts nach § 1595 a BGB a.F. wurde in Deutschland mit FamRÄndG v. 11.8.1961 beseitigt.¹⁵⁾ Damit ist es heute müßig, eine Diskussion darüber zu führen ob sich wegen der prozeßrechtlichen Qualifikation der deutschen Vorschrift (§ 1595 a BGB a.F.) das Klagerecht des deutschen Staatsanwaltes aus dem deutschen Recht ableite und nur in den durch § 1595 a BGB a.F. vorgesehenen Fällen der deutsche Staatsanwalt zu klagen habe. Die das Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes nach § 1595 a BGB a.F. ersetzende Vorschrift des § 1956 BGB n.F. ist materiellrechtlich und findet keine Anwendung bei Maßgeblichkeit des türkischen Rechts.

Nach Art. 245 II tZGB kann die Ehelichkeit eines Kindes auch vom Staatsanwalt (in der Schweiz von der zuständigen Behörde des Heimatkantons, Art. 256 II ZGB) angefochten werden, wenn das Kind vor dem hundertachtzigsten Tage nach der Eheschließung geboren ist, selbst dann, wenn der Ehemann das Kind anerkannt hatte.¹⁶⁾ Der Gesetzgeber wollte damit das öffentliche Interesse wahr-

-
- 15) Vgl. über den früheren Streit um das Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes: LG München vom 1.8.1950, NJW 1951, 378, das den § 1595 a BGB a.F. als prozeßrechtlich qualifizierte und daher für anwendbar erklärte. Hiergegen Beitzke in einer Anmerkung, a.a.O., und ihm folgend die Lehre (siehe die bei Gamillscheg, Die Anfechtung der Ehelichkeit durch den Staatsanwalt, in ZAIP 1956, 257 ff./259 Anm. 7 angegebene Literatur). Vgl. auch Beitzke, Der deutsche Staatsanwalt im Statusprozeß von Ausländern, ZAIP 1958, 708 ff. (Festgabe für Alexander Makarov); und die Meinung von Gamillscheg, a.a.O., nach der das Recht des Staatsanwaltes zur Anfechtung der Ehelichkeit dem öffentlichen Recht entspringe und daher vom anwendbaren materiellen Recht und dem Verfahrensrecht als solches unabhängig sei, vielmehr dem Staatsanwalt stets und ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der Parteien das Klagerecht zustehe. Vgl. zur gleichen Frage hinsichtlich der Ehenichtigkeitsklage oben S. 37 ff.
- 16) Diese Art von "Anerkennung" ist zu unterscheiden von der des Art. 291 ff. tZGB beim unehelichen Kindschaftsverhältnis. Eine Anerkennung erfolgt nach Art. 245 II und 246 tZGB, wenn der Vater sich so verhält, als wäre er Vater. Dies kann ausdrücklich, durch letztwillige Verfügung oder stillschweigend geschehen. Vgl. Egger, Art. 253 RdNr. 7; Saymen, a.a.O., S. 313; Velidedeoglu, a.a.O., Bd. II, S. 258.

ren und jede Spekulation über die Abstammung des Kindes auszuschließen.¹⁷⁾ Ob nun die deutsche Staatsanwaltschaft als eine öffentliche Behörde eingreifen soll, wenn das türkische Recht maßgebend ist, hängt davon ab, ob diese Tätigkeit in den Rahmen des Verwaltungsrechts fällt oder eine behördliche Einflußnahme auf das Privatrecht darstellt.¹⁸⁾ Da es sich hier nach Art. 245 II um ein Eingreifen der Staatsanwaltschaft in das Privatrecht handelt, ist ihre Abhängigkeit von dem maßgebenden materiellen türkischen Recht anzunehmen. Art. 245 II tZGB stellt außerdem eine Kannvorschrift dar, so daß sie für die Staatsanwaltschaft keine Pflicht vorschreibt. Fraglich ist aber, ob die Wahrnehmung des türkischen öffentlichen Interesses von der deutschen Staatsanwaltschaft zu erwarten ist. Nach GAMILLSCHEG¹⁹⁾ ist dies "offensichtlich unzulässig und abwegig". Darum soll der inländische Staatsanwalt immer nur zur Wahrung der inländischen öffentlichen Interessen nach inländischem Recht anfechten können. Dagegen wendet sich BEITZKE.²⁰⁾ Daß der inländische Staatsanwalt stets auch das öffentliche Interesse eines ausländischen Staates wahrzunehmen hätte, kann nicht angenommen werden. Das öffentliche Interesse eines ausländischen Staates kann nämlich dem deutschen entgegengesetzt sein.²¹⁾ In unserem Falle liegt dies aber nicht vor. Das durch die türkische Vorschrift gewährte öffentliche Interesse entspricht den Gedanken des deutschen Familienrechtssystems. Auch die deutsche Rechtsordnung legt Wert darauf, daß die Abstammung richtig festgestellt und nicht zum Nachteile des Kindes angezweifelt wird. Durch §§ 1596 ff. BGB wird außerdem aus diesem Grund ein Klagerecht für das Kind eingeräumt. Das Kind hat aber nach dem türkischen Recht kein Klagerecht. Sein

17) Vgl. Velidedeoglu, a.a.O., S. 254; Tuor, P., Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 6. Aufl., Zürich 1953, S. 212. Überwiegend ist aber das Interesse des Kindes, da es sonst nirgendwo geschützt ist. Außerdem sieht der Gesetzgeber in Art. 242 und 246 tZGB im Interesse des Familienfriedens eine Verwirkungsfrist vor. Die Ausnahme des Art. 245 II tZGB, die dem Staatsanwalt ein Klagerecht einräumt, berücksichtigt besonders die Bösgläubigkeit der Mutter oder des angeblichen Vaters oder beider (vgl. Tuor, a.a.O., S. 212).

18) Vgl. Beitzke, ZAIP 23 (1958), 708 ff./717.

19) Vgl. Gamillscheg, ZAIP 21 (1956), 260.

20) Vgl. Beitzke, ZAIP 23 (1958), 718.

21) So z.B. hinsichtlich des Schutzes der Ehe italienischer Eheleute in Deutschland. Vgl. Jayme, Spannungen bei der Anwendung italienischen Familienrechts durch deutsche Gerichte, Diss. München 1961, S. 44 Fußn. 60.

Interesse wird im türkischen Recht mit dem Klagerecht des Staatsanwalts geschützt. Ein Klagerecht des deutschen Staatsanwalts bei Maßgeblichkeit des türkischen Rechts würde also auch zum Schutze des Kindesinteresses dienen, das sonst ohne Schutz bleiben müßte, so daß für das Eingreifen des deutschen Staatsanwaltes ein Bedürfnis besteht. Es steht somit nichts entgegen, daß der deutsche Staatsanwalt bei Maßgeblichkeit des türkischen Rechts die Ehelichkeit eines Kindes anfecht.

Die Anwendbarkeit der Vorschriften des türkischen Rechts über die Vater-schaftsvermutung und die Empfängniszeit ist dagegen von vornherein unproblematisch. Auch die Anwendung des Art. 242 I tZGB, der für die Anfechtung eine Frist von einem Monat bestimmt, wird nicht als gegen den deutschen ordre public verstoßend angesehen, wenn eine Anfechtung der Ehelichkeit wegen Fristablaufs gemäß diesem Artikel nicht mehr möglich ist, auch wenn die Frist im Falle der Anwendung deutschen Rechts noch nicht abgelaufen wäre.²²⁾

II. Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern

1. Maßgebendes Recht

Aufgrund des Art. 19 I EGBGB kommt das türkische Recht für die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern dann zur Anwendung, wenn der Vater türkischer Staatsangehöriger ist, oder wenn die Mutter Türkin und der Vater gestorben ist. Ist aber der Elternteil (Vater oder Mutter), dessen Heimatrecht das Verhältnis zum Kind bestimmte, zunächst Deutscher gewesen und hat er dann die deutsche Staatsangehörigkeit verloren, während das Kind deutsch geblieben ist, so gilt das deutsche Recht weiter (Art. 19 II EGBGB).

Nach Art. 16 I des neuen tStAG werden die minderjährigen Kinder eines eingebürgerten Vaters Türken. Ist der Vater gestorben und steht seitens des Heimatrechts des Kindes nichts entgegen, erwerben auch die minderjährigen Kinder einer eingebürgerten Mutter die türkische Staatsangehörigkeit (Art. 16 II neues tStAG). Auch die bereits geborenen minderjährigen Kinder einer deutschen Frau, die durch Heirat mit einem türkischen Staatsangehörigen

22) Vgl. Ficker, G. Hans, Eheliche Kindschaft, in: Das internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs, Tübingen - Paris (1955), S. 257 ff. (262); Henrich, D., Zur Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes im internationalen Privatrecht, FamRZ 1958, 122-125 (124).

Türkin wird (Art. 5 i. V. m. 42 neues tStAG), werden türkisch, wenn der Vater gestorben ist und das Heimatrecht der Kinder nicht dem Erwerb der türkischen Staatsangehörigkeit entgegensteht (Art. 14 i. V. m. Art. 16 neues tStAG).

Art. 4 EHVK trifft keine Regelung über die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern. In der Literatur ist umstritten, welches Recht für das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern maßgebend ist. Die herrschende Meinung erklärt das Recht des Kindes für maßgebend,²³⁾ so daß ein renvoi stattfinden kann, da das türkische Recht als das maßgebende Vater- oder Mutterrecht wieder auf das deutsche Recht verweist, wenn das Kind deutscher Staatsangehöriger ist.

2. Das materielle türkische Recht und die Probleme seiner Anwendung

Besonders problematisch ist hier die Anwendung der türkischen Vorschriften über die Ausübung der elterlichen Gewalt, wenn aufgrund Art. 19 I EGBGB das materielle türkische Recht maßgebend ist.

Auch das tZGB spricht die elterliche Gewalt dem Vater und der Mutter gemeinsam zu (Art. 262 I tZGB), wie das deutsche Recht (§ 1626 I BGB). Die Mutter nimmt also auch im türkischen Recht im Prinzip die gleiche Stellung wie der Vater ein. Gehen aber die Meinungen von Vater und Mutter auseinander, so unterscheidet sich das türkische Recht von dem deutschen und gibt dem Vater die entscheidende Stimme,²⁴⁾ während nach dem deutschen Recht die Eltern versuchen müssen, sich bei Meinungsverschiedenheiten zu einigen.²⁵⁾

23) Vgl. Berki, a. a. O., S. 429 ebd: Tem. 2. HD. 15. 2. 1951 Nr. 1189; a. M.: Yörük, A. K., DHH, S. 343 - für Maßgeblichkeit des Vaterrechtes; Seviğ, a. a. O., S. 500: für die Maßgeblichkeit des türkischen Rechts, wenn eine Partei türkischer Staatsangehöriger ist.

24) So allgemein in Art. 263 II tZGB und z. B. auch bei der Bestimmung der religiösen Erziehung des Kindes etc. Eine Ausnahme zu Gunsten der Gleichberechtigung ist nur hinsichtlich der Einwilligung in die Eheschließung des Kindes vorgesehen (Art. 90 tZGB), vgl. Saymen, a. a. O., S. 84.

25) Die Regelung des § 1628, wonach der Vater bei Meinungsverschiedenheiten unter Rücksichtnahme auf die Auffassung der Mutter entscheiden sollte - sogenannten Stichentscheid des Vaters - (demgegenüber konnte die Mutter sich unter bestimmten engen Voraussetzungen die Entschei-...

Es ergibt sich hier zunächst das Problem, ob die Anwendung des Art. 262 I tZGB in Deutschland gegen den deutschen ordre public verstößt, etwa wenn nach Art. 19 I EGBGB der deutsche Richter das türkische Recht anzuwenden hat, weil der Vater Türke ist, die Mutter aber ihre deutsche Staatsangehörigkeit behalten hat. Für die Frage, ob überhaupt der Art. 19 I EGBGB der kollisionsrechtlichen Gleichberechtigung von Mann und Frau widerspricht und deshalb mit 31.3.1953 außer Kraft getreten ist, ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, daß Art. 3 II und 117 I GG dahin auszulegen sind, daß die der kollisionsrechtlichen Gleichberechtigung von Mann und Frau widersprechenden Normen des IPR nicht mit dem 31.3.1953 außer Kraft getreten sind.²⁶⁾

Inwieweit das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29.7.1959, das den Stichentscheid des Vaters beseitigte, den deutschen ordre public beeinflussen wird, ist noch nicht abzusehen. Ein Verstoß gegen den deutschen ordre public ist mit herrschender Meinung²⁷⁾ nur dann anzunehmen, wenn die Frau Deut-

... dungsbefugnis vom Vormundschaftsgericht übertragen lassen) und die Regelung des § 1629 I BGB, nach der die gesetzliche Vertretung grundsätzlich allein dem Vater (und nur in dem der Mutter übertragenen Angelegenheiten der Mutter) zustehen sollte, sind durch gesetzeskräftiges Urteil (BGBl I 633) des Bundesverfassungsgerichts vom 29.7.1959 (NJW 1959, 1483 und FamRZ 1959, 416) für nichtig erklärt. Vgl. auch Beitzke, Familienrecht, § 26 I 3, S. 152; Bosch, FamRZ 1959, 406 und 430; Lange, Die Lücke im Kindschaftsrecht, NJW 1961, 1889; Haegeler, Rpfleger 1959, 267; Schwoerer, NJW 1959, 2089 und NJW 1960, 1419; Götz, NJW 1960, 334.

26) Vgl. Soergel-Kegel, vor Art. 13 RdNr. 3-10 und die dort angegebene Literatur, insbes. Fußn. 2; a. M.: Thieme, P., Sind die familienrechtlichen Art. des EGBGB mit dem GG vereinbar?, MDR 1963, 1 u. 88 ff.

27) Vgl. Siegrist, Gleichberechtigung von Mann und Frau und IPR, ZAIP 24 (1959), 54 ff./70; Makarov, Gleichberechtigung der Frau im IPR, ZAIP 17 (1952), 393; Neuhaus, Legitimation und ordre public, ZAIP 20 (1955), 345; weitgehend Soergel-Kegel, vor Art. 13 RdNr. 10; das OLG Neustadt hat am 30.8.1962 (FamRZ 1963, 51) das an sich nach Art. 19 I EGBGB maßgebende iranische Heimatrecht des Vaters durch Art. 30 EG ausgeschlossen, da seine Bestimmungen, die die Sorgebefugnis bei Jungen, die das 2. Lebensjahr vollendet haben, dem Vater zusprechen (Art. 1169 iranisches BGB), mit dem Grundgesetz (Art. 6 II 1; 3 II) nicht vereinbar sind. A. M.: BayObLGE 1954, 225 ff./235; Dölle, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, Festschrift für E. Kaufmann, Stuttgart und Köln 1950, S. 19 ff./40.

sche ist, ihr Heimatrecht kollisionsrechtlich nicht zum Zuge kommt und es sich um eine besonders grobe Benachteiligung und somit krassen Verstoß gegen die Gleichberechtigung handelt.²⁸⁾

Die Anwendung des Art. 262 I tZGB, nach dem bei Meinungsverschiedenheiten bei der Ausübung der elterlichen Gewalt der Wille des Vaters entscheidet, ist nicht als grobe Benachteiligung der Frau anzusehen. Denn nach Art. 262 I tZGB stehen alle Rechte aus der elterlichen Gewalt auch der Mutter wie dem Vater zu. Danach sollen die Eltern die elterlichen Rechte gemeinsam ausüben. Für die wichtigeren Angelegenheiten gilt dies uneingeschränkt. Im Normalfall steht zwar das Stichtscheidungsrecht dem Vater zu. Bei pflichtwidriger Ausübung der elterlichen Gewalt²⁹⁾ durch den Vater steht der Mutter aber nicht nur das elterliche Schutzmittel der Art. 161 ff., 175 tZGB zur Verfügung, sondern auch eine dafür eigens vorgesehene Anrufungsmöglichkeit zum Richter (Art. 272, 284 tZGB).³⁰⁾

Die Anwendung der türkischen Vorschriften über die Ausübung der elterlichen Gewalt verstößt also nicht gegen den deutschen *ordre public*, und sie sind deshalb in Deutschland ohne Vorbehalt anzuwenden.

Ein weiteres Problem ergibt sich hierbei hinsichtlich des Einschreitens des deutschen Richters nach Art. 272 und 285 tZGB, das den Schutz des Kindes (Art. 272) und den Schutz der Kinderinteressen bezweckt. Art. 272 ff. tZGB dienen dem Schutz des Kindes, wenn sich die Eltern pflichtwidrig verhalten. Es handelt sich hier um die persönliche Fürsorge des Kindes.³¹⁾ Das tZGB bestimmt nicht ausdrücklich, wer dabei anzeigeberechtigt ist. Es wird aber allgemein angenommen, daß jedermann anzeigeberechtigt ist, der ein schutzwürdiges

28) Vgl. OLG Neustadt v. 30.8.1962 FamRZ 1963, 51.

29) In dieser Pflichtwidrigkeit kann sogar eine Verletzung der Pflichten gegen die eheliche Gemeinschaft liegen, vgl. Egger, Art. 159 RdNr. 10/11 und Einleitung, I, RdNr. 17.

30) Die Zustimmung beider Eltern ist erforderlich, bei der Eheschließung (Art. 90 tZGB), bei der Volljährigkeitserklärung (Art. 12 tZGB) und bei der Adoption (Art. 254 tZGB); vgl. Egger, Art. 161 RdNr. 14 und Art. 163 RdNr. 4/5.

31) Sachlich findet diese Bestimmung über das Recht der ehelichen Kinder hinaus auch auf die außerehelichen Kinder Anwendung, die unter der elterlichen Gewalt ihrer Mutter oder ihres Vaters stehen (Art. 311-313 tZGB); soweit erforderlich auch auf das Pflegekindverhältnis (Egger, Art. 283 RdNr. 4).

Interesse hat, vor allem der andere Elternteil.³²⁾ Hierbei kommen besonders die Verwandten des Kindes und Verbände, die den Schutz der Kinder zum Zweck haben, in Betracht.³³⁾ Streitig ist, ob das Kind selber befugt ist, sich an das Vormundschaftsgericht zu wenden.³⁴⁾ Die entsprechende Bestimmung im deutschen Recht ist § 1666 BGB, wo das Vormundschaftsgericht von sich aus einzugreifen hat. Die Eltern können außerdem in allen wichtigen Angelegenheiten entsprechend den Grundgedanken der §§ 1672, 1671, 1634 BGB das Vormundschaftsgericht anrufen. Damit steht der Anwendung des Art. 272 tZGB in Deutschland nichts im Wege. Das gleiche gilt für die Anwendung des Art. 238 ff. tZGB, der zum Schutze der vermögensrechtlichen Interessen des Kindes vorgesehen ist. §§ 1667 ff. BGB entsprechen nämlich dieser Vorschrift des türkischen Rechts.

Für die öffentlich-rechtlichen Maßnahmen der Fürsorgeerziehung und den öffentlich-rechtlichen Schutz der Pflegekinder gilt das deutsche Recht.³⁵⁾

Die Bestimmungen des türkischen Rechts über die Vermögenssorge entsprechen im allgemeinen ebenfalls denen des deutschen Rechts, so daß diesbezüglich bei der Anwendung der türkischen Vorschriften (Art. 278-289 tZGB) in Deutschland kein Bedenken besteht. Auch die Nutzungen des Kindesvermögens sind in erster Linie für die Kosten der Verwaltung des Vermögens und die Lasten dieses Vermögens zu verwenden, in zweiter Linie für den Unterhalt des Kindes (Art.

32) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 393; Egger, Art. 283 RdNr. 23; Tem.2.HD. 13.10.1949 E 3624/K 5921; Tem.2.HD. 12.5.1955 E 2841/K 2597 (Olgaç, a.a.O., C.I.m. 272 No: 1238; m. 274 No: 1242).

33) Vgl. das "Gesetz v. 25.5.1949 N. 5387, über die schutzbedürftigen Kinder" i. V.m. Art. 5 und 22 der Verordnung über elterliche Gewalt, Vormundschaft und Nachlaß; Tem.4.HD. 26.1.1950 E 2279/K 408 (Olgaç, a.a.O., C.I.m. 272, No: 1237).

34) Bejahend Saymen, a.a.O., S. 394; Gönensay, a.a.O., C.II, Ks. 2, S. 62; Egger, Art. 283 RdNr. 6.

35) Feste Rechtsprechung für die endgültige heilende Fürsorgeerziehung nach § 63 I Nr. 2 JWG, Kegel bei Soergel, Art. 19 RdNr. 23 und die dort angegebene Literatur. Abweichend dagegen teilweise für die endgültige vorbeugende Fürsorgeerziehung nach § 63 I Nr. 1 JWG für das Heimatrecht des Kindes: OLG Hamburg, IPRspr. 1926/27 Nr. 82; KG JR 1926 Rspr. Nr. 174; Heß, Komm. zum JWG § 63 Anm. 1; vgl. BayObLG JR 54, 145: Fürsorgeerziehung kann als vorbeugende und heilende auch gegenüber ausländischen und staatenlosen Kindern angeordnet werden.

281 tZGB). Verbleibt ein Überschuß, so gebührt er dem Ehegatten, der die Last des Unterhalts der Familie trägt. Ein gesetzliches Nießbrauchsrecht am Kindesvermögen kennt das türkische Recht nicht.³⁶⁾

B. Die Legitimation

I. Einleitung

Nach Art. 22 I EGBGB ist für die Legitimation eines Kindes das türkische Recht maßgebend, wenn der Vater zur Zeit der Legitimation türkische Staatsangehörigkeit besitzt.³⁷⁾ Dabei findet ein renvoi statt, da das türkische Recht das Recht des Kindes für maßgebend erklärt³⁸⁾ (das deutsche Recht findet in der Türkei demnach Anwendung, wenn das Kind deutscher Staatsangehöriger ist). Handelt es sich aber um die Legitimation eines deutschen Kindes durch einen türkischen Vater, so müssen neben dem türkischen Recht auch noch diejenigen Vorschriften des deutschen Rechts beachtet werden, die eine Einwilligung des Kindes sowie dritter Personen vorsehen, "zu denen das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht" (Art. 22 II EGBGB). Praktisch bedeutet dies, daß man ergänzend § 1726 BGB heranzuziehen hat, der vorschreibt, daß zur Legitimation durch Ehelichkeitserklärung die Einwilligung des Kindes und bei minderjährigen Kindern die Einwilligung der Mutter erforderlich ist. Zwar setzt auch das türkische Recht in Art. 249 II tZGB die Einwilligung des urteilsfähigen Kindes bei der Ehelichkeitserklärung voraus, es geht aber von einem ganz anderen Standpunkt aus. Dieses Problem wird weiter unten behandelt.³⁹⁾

Dem Art. 22 II EGBGB kommt aber ohnehin im Verhältnis zur Türkei keine Bedeutung zu, da nach herrschender Meinung das türkische IPR das Heimatrecht des Kindes für maßgebend erklärt, so daß bei deutschen Kindern ein renvoi stattfindet und sowohl das deutsche Recht wieder angewandt wird.

36) In Art. 280, 282 und 285 tZGB wird vom "Nießbrauchsrecht" gesprochen. Dies ist aber ein bloßer Übersetzungsfehler. Es handelt sich in allen drei Artikeln nur um die "Nutzung".

37) Vgl. über die Kritik dieses Grundsatzes in Bezug auf das GlBerG: Soergel-Kegel, Art. 22 RdNr. 2; Thieme, a. a. O., MDR 1963, 1 und 85 ff. /84.

38) Vgl. Berki, a. a. O., S. 401; Tem. 2. HD. 21.10.1949, Nr. 5093; a. M.: Yörük, A. K. DHH, S. 495 (das Heimatrecht des Kindes, wenn kein Beteiligter türkischer Staatsangehöriger ist; sonst das türkische Recht).

39) Vgl. unten S. 146 ff.

II. Das materielle türkische Recht und die bei dessen Anwendung in Deutschland sich ergebenden Probleme

1. Einleitung

Das türkische Recht kennt drei Arten der Legitimation:

- a) durch nachfolgende Ehe
- b) durch Ehelichkeitserklärung des Richters
- c) die behördliche Legitimation, die sich nach der Rezeption des schweizerischen Rechts wegen der türkischen sozialen Verhältnisse als notwendig erwiesen hat.⁴⁰⁾

2. Legitimation durch nachfolgende Ehe nach Art. 247 ff. tZGB und Anwendung in Deutschland

Die Ehelicherklärung durch nachfolgende Ehe setzt im türkischen Recht die Eheschließung der Eltern voraus. Eine vorgängige Anerkennung des Kindes durch die Eltern ist im türkischen Recht nicht erforderlich. Die Legitimationswirkung tritt mit der Heirat der außerehelichen Mutter mit dem Vater ipso iure ein. Art. 248 tZGB sieht für die Eltern eine Mitteilungspflicht⁴¹⁾ bei dem zuständigen Standesbeamten vor; die "Ehelicherklärung" erfolgt jedoch kraft Gesetzes auch dann, wenn die Eltern die Mitteilung unterlassen haben,⁴²⁾ wie sie umgekehrt nicht erfolgt, wenn die Eheschließenden außereheliche Kinder der Frau zu Unrecht als gemeinsame Abkömmlinge erklärt haben. Die Anfechtung der Ehelichkeit ist möglich (Art. 251 tZGB; im deutschen Recht §§ 1721, 1593 ff. BGB).⁴³⁾

40) Vgl. auch Fişek, Hicri, "Nesebin tashihi", Ank. Huk. Fak. Derg. 1951, 555 ff.

41) Die Mitteilung muß nach Art. 248 von beiden Ehegatten gemeinsam erfolgen. Für den Fall, daß ein Ehegatte vorher verstorben ist, besteht im Gesetz keine ausdrückliche Vorschrift. Hier soll die Mitteilung durch den überlebenden Ehegatten erfolgen können (vgl. Saymen, a. a. O., S. 318; Egger, Art. 259 RdNr. 1). Erforderlich ist dann aber der Nachweis der Mutterschaft der Ehefrau und der Vaterschaft des Ehemannes (etwa durch formelle Anerkennung - Art. 291 tZGB - oder durch gerichtliches Urteil; vgl. VOZD Art. 98 IV).

42) Vgl. Velidedeoglu, a. a. O., C. II, § 46, S. 260; Tem. 2. HD. 6.10. 1949, E 5115/K 4847 (Olgaç, a. a. O., C. I., m. 250 No.: 1165).

43) Vgl. auch BGHZ 2, 130.

Im deutschen Recht bedarf die Legitimation einer förmlichen Feststellung, daß die Legitimationswirkungen eingetreten sind. Diese Feststellung hat das Vormundschaftsgericht von Amts wegen zu treffen (§ 31 PStG), um die Berichtigung des Geburtenbuches herbeizuführen. Das Vormundschaftsgericht hat hier zu prüfen, ob der Ehemann der Mutter der wirkliche Vater ist. Es stützt sich hierbei in erster Linie auf das vom Ehemann der Mutter abzugebende Vaterschaftsanerkennntnis. Im Falle des Mehrverkehrs der Mutter muß es sogar auch die offenbare Unmöglichkeit der Vaterschaft von Amts wegen prüfen.⁴⁴⁾ Nicht nur dadurch, daß das türkische Recht dieses in § 1720 BGB vorgesehene Vaterschaftsanerkennntnis nicht vorschreibt, sondern insbesondere auch dadurch, daß es einer Nachprüfung des Zivilstandesbeamten über die Elternschaft keinen Raum einräumt, unterscheidet sich das türkische Recht vom deutschen. Im türkischen Recht hat der Standesbeamte, bei dem die Ehegatten ihre gemeinsamen Kinder nach Art. 248 tZGB mitteilen wollen, sie darauf aufmerksam zu machen, daß nur Kinder legitimiert werden können, die vom Ehemann der Mutter abstammen. Die Vaterschaft hat der Standesbeamte dabei nicht zu prüfen oder überhaupt in Zweifel zu ziehen.⁴⁵⁾ Dies wird noch dadurch ergänzt, daß die Ehelichkeitserklärung nicht erfolgt, wenn die Eheschließenden außereheliche Kinder der Frau zu Unrecht als gemeinsame Abkömmlinge ausgegeben haben.

Fraglich ist es nun, ob eine solche Tätigkeit vom deutschen Standesbeamten zu erwarten ist, und ob die Anwendung der Art. 247 ff. tZGB gegen den deutschen ordre public verstößt, da nach diesen Vorschriften kein vorheriges Vaterschaftsanerkennntnis des Ehemannes vorgesehen und dazu die Prüfungsbefugnis des Standesbeamten sehr eingeschränkt ist.

Die geforderte Tätigkeit als solche ist dem Aufgabenbereich eines deutschen Standesbeamten nicht fremd (vgl. § 30 I PStG). § 31 PStG macht aber eine Ausnahme und erklärt das Vormundschaftsgericht an Stelle des Standesbeamten für die Entscheidung über die Zulässigkeit der Eintragungen für funktionell zuständig. Die Legitimation müßte stets aufgrund öffentlicher Urkunden nach § 30 vom Standesbeamten festgestellt und eingetragen werden können, wenn die funktionelle Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes nicht gegeben wäre.

Ob die Voraussetzungen der Legitimation vorliegen, hat das Vormundschafts-

44) Vgl. RGZ 169, 160.

45) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 318; Egger, Art. 258 RdNr. 3 und Art. 39 RdNr. 20.

gericht in einem Beschluß festzustellen, der nur deklaratorische Bedeutung hat.⁴⁶⁾ Die internationale Zuständigkeit des deutschen Vormundschaftsgerichtes für die Feststellung der Legitimation ergibt sich nach § 31 I PStG, wenn das Kind infolge der Legitimation in ein Familienbuch einzutragen ist, wenn die Geburt des Kindes im Geburtenbuch eingetragen ist⁴⁷⁾ oder wenn zur Zeit der Legitimation der Vater oder das Kind Deutscher war. In den ersten beiden Fällen muß, in den letzten beiden Fällen kann das deutsche Vormundschaftsgericht die Feststellung treffen.⁴⁸⁾ Die örtliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts ergibt sich aus § 43 i. V. m. § 36 I und II FGG, da das Feststellungsverfahren eine "Verrichtung des Vormundschaftsgerichts" im Sinne des § 43 FGG ist. § 31 des PStG bildet eine Verfahrensvorschrift ohne sachrechtliche Wirkung.⁴⁹⁾ Die Zulässigkeit des Legitimationsverfahrens hängt nicht davon ab, daß der Ehemann Deutscher ist.⁵⁰⁾ Das Verfahren des § 31 PStG muß deshalb auch geführt werden, wenn der Ehemann die türkische Staatsangehörigkeit besitzt, und die Legitimation sich daher nach dem türkischen Recht richtet (Art. 22 I EGBGB, § 216 DA), sogar selbst wenn dieses für die Legitimation andere oder weitere Erfordernisse aufstellt als das deutsche Recht.⁵¹⁾

Die Anwendung des türkischen materiellen Rechts bringt aber auch manche Probleme mit sich. Es stellt zunächst nicht mehr Erfordernisse als das deutsche Recht auf, sondern weniger. Wie im deutschen Recht erfolgt die Legitimationswirkung mit der Eheschließung der Eltern des Kindes kraft Gesetzes. Es sieht

46) Vgl. Pfeiffer-Strickert, Kommentar zum Personenstandgesetz, Anm. 6 ff. zu § 31 PStG. Der Feststellungsbeschluß des Vormundschaftsgerichtes erwächst zwar in formelle Rechtskraft (Anm. 12 zu § 31), nicht aber in materielle, d. h. das Gericht kann ihn wieder aufheben, wenn sich herausstellt, daß seine Voraussetzungen nicht vorlagen (KG JFG 23, 360; BGH NJW 57, 1067; BayObLGZ 1958, 204).

47) Vgl. Schmitt-Peters, Die Eintragungen in deutsche Personenstandsbücher in Fällen mit Auslandsberührung, Frankfurt/M. - Berlin 1960, S. 135 und die dort in Fußn. 8 angegebene Literatur.

48) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 22 RdNr. 28.

49) Vgl. Peters, a. a. O., S. 133 und die dort in Fußn. 1 angegebenen Nachweise; Soergel-Kegel, Art. 22 RdNr. 26.

50) Vgl. Pfeiffer-Strickert, a. a. O., § 31 Anm. 6.

51) Vgl. KG NJW 58, 635 = StAZ 58, 96; neuerdings Fischer, StAZ 1963, 24; Peters, a. a. O., S. 137 mit Literaturnachweisen in Fußn. 1.

keine vormundschaftliche Feststellung und auch keine Anerkennung des Kindes vor. Die Ehegatten haben demnach eine bloße Mitteilungspflicht bei dem zuständigen Standesbeamten, der kein Nachprüfungsrecht hat.⁵²⁾ Diese Lücke wird durch das Klagerecht des Staatsanwaltes und erbberechtigten Verwandten der Eltern (Art. 439 tZGB) geschlossen (Art. 251 tZGB).

Es bleibt noch zu prüfen, ob etwa die Vorbehaltsklausel (Art. 30 EGBGB) dem Vormundschaftsrichter verbietet, die Legitimation unter Anwendung des türkischen Rechts festzustellen. Da auch das türkische Recht wie das deutsche auf dem Abstammungsprinzip fußt (neben seiner Tendenz zum Anerkennungsprinzip), und seine Regelung grundsätzlich dem Zweck und Geist des deutschen Rechts entspricht, kann ein Verstoß gegen den deutschen ordre public nicht angenommen werden. Auch hinsichtlich der Anwendung der Rechte des reinen Anerkennungssystems wird kein Verstoß gegen den deutschen ordre public gesehen.⁵³⁾ Auch im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit des Kindes greift die Vorbehaltsklausel des Art. 30 EGBGB nicht ein. Dies sogar auch dann, wenn das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und die Legitimation den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit zur Folge hat.⁵⁴⁾ Daß das Kind nur legitimiert wird, wenn es wirklich von dem Ehemanne der Mutter abstammt, ist auch das Grundprinzip des türkischen Rechts. Wenn auch nicht wie im deutschen Recht durch Feststellung des Vormundschaftsgerichts (§ 31 PStG), kann dies doch durch das Klagerecht (Anfechtungsrecht) des Art. 251 tZGB erreicht werden. Dadurch wird die Doppelstaatsangehörigkeit des Kindes und die Begründung eines hinkenden Personenstandes (etwa verschiedene Staatsangehörigkeit und Namen des Kindes und verschiedene Behandlung in der Türkei und in Deutschland als ehelich und unehelich) vermieden, die sich im Falle des Ein-

52) Trotzdem gehört aber die Türkei nicht zu den Staaten, die zwischen ehelichen und unehelichen Kindern nicht unterscheiden und daher keine Legitimation kennen (vgl. für diese Fälle Gymnich, StAZ 1960, 132 mit weiteren Nachweisen).

53) Vgl. BayObLG v. 18. 7. 1958, StAZ 1958, 288 ff.: Die Anwendung des Heimatrechts des Vaters, das die Legitimation von einer förmlichen und der Eheschließung vorausgehenden Anerkennung des Kindes durch beide Eltern abhängig macht, wird durch Art. 30 EGBGB nicht ausgeschlossen; so auch LG Köln, MDR 53, 488.

54) Vgl. KG v. 9. 9. 1957 StAZ 1958, 95 ff./99; Peters, a. a. O., S. 152; Schworer, StAZ 1953, 146; a. M.: Raape, IPR, § 34 V, Fußn. 162 Nr. 3; ders., Staatsangeh. kraft Eheschl. u. Abst., S. 86, 123.

greifens des Art. 30 EGBGB ergeben würde, da die Legitimation in der Türkei immer erfolgen kann,⁵⁵⁾ auch wenn das deutsche Vormundschaftsgericht sie ablehnt.

Ein Verstoß gegen den deutschen ordre public hinsichtlich der Legitimierung der Ehebruchskinder besteht nicht, da dies die beiden Rechte ohnehin zulassen, vorausgesetzt, daß die Ehelichkeit solcher Kinder - im Hinblick auf die erste Ehe - angefochten worden ist.⁵⁶⁾

Problematisch ist dagegen die Legitimation von durch Blutschande erzeugten Kinder, deren Eltern verwandt oder verschwägert sind. Das Eheverbot der Verwandtschaft erstreckt sich dabei im türkischen Recht auch auf in ungerader Linie Verwandte (Tante - Nefte, Onkel - Nichte), Art. 92 Nr. 1 tZGB. Letzteres kennt das deutsche Recht als Eheverbot nicht, und von dem Eheverbot der Schwägerschaft kann im deutschen Recht Befreiung erteilt werden (§ 4 III EheG), so daß der Legitimation solcher Kinder im deutschen Recht nichts entgegensteht. Im türkischen Recht kann von diesen Eheverboten keine Befreiung gewährt werden. Aber die Legitimation solcher Kinder muß zugelassen werden, wenn trotz des Eheverbotes die Ehe zustande gekommen ist.⁵⁷⁾ Praktisch wird das aber sehr selten vorkommen.

3. Die Ehelichkeitserklärung nach Art. 249 tZGB und §§ 1723 ff. BGB

Die Ehelichkeitserklärung dient in beiden Rechten dazu, dem Kind im Verhältnis zu seinem Vater die Rechtstellung eines ehelichen insbesondere dort

-
- 55) Dies erfolgt zur Zeit durch Vermittlung der türkischen Konsulate in Deutschland, die die Mitteilungen der türkischen Eheleute (oder des türkischen Vaters) über ihre (seine) vorehelichen Kinder an die zuständigen Standesämter in der Türkei weiterleiten.
- 56) Im türkischen Recht: Saymen, a.a.O., S. 317; Tem.2.HD. 29.9.1945 E 1902/K 4280 (Olgaç, a.a.O., C.I m. 249 No: 1163); 2.HD. 3.6. 1944, E 1183/ K 2579 (Tepeci, Notlu ve izahli Türk Kanunu Medenisi, C. I S. 223/224); Aksoy, Kötü durumlu evlilik dışı çocuklar, Ankara 1942, S. 158 ff. Im deutschen Recht: RGZ 123, 264; Pfeiffer-Strickert, § 31 Anm. 2.
Vgl. auch Soergel-Kegel, Art. 22 RdNr. 52 und die dort in Fußn. 43 angegebene Literatur.
- 57) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 316; Fişek, H., Nesebin Tashihi, Ank.Huk. Fak.Derg. 1951, 555 ff./568; Aksoy, Kötü durumlu evlilik dışı çocuklar, Ankara, S. 170.

zu verschaffen, wo dies durch die Eheschließung der Eltern nicht möglich ist. Dies kann im türkischen Recht nicht nur vom Vater des Kindes, wie im deutschen Recht (§ 1723 BGB), sondern auch von der Mutter, sogar auch vom Kind und nach seinem Tode von seinen Nachkommen begehrt werden (Art. 249 tZGB).⁵⁸⁾ Allerdings zieht das türkische Recht hierfür engere Grenzen als das deutsche; denn nach Art. 249 tZGB ist die Ehelichkeitserklärung nur dann zulässig, wenn die Eltern des Kindes sich die Ehe versprochen haben und die Trauung durch die im Gesetz abschließend aufgezählten Fälle, das heißt durch den Tod oder den Eintritt der Eheunfähigkeit eines Verlobten, unmöglich geworden ist.⁵⁹⁾

4. Ehelichkeitserklärung von Staats wegen nach dem Gesetz Nr. 6652

Durch die Rezeption des schweizerischen ZGB im Jahre 1926 wurde die standesamtliche Zivilehe als einzig legitime Form der Lebensgemeinschaft von Frau und Mann eingeführt. Auf dem Lande brachte dies aber gewisse Schwierigkeiten mit sich.⁶⁰⁾ Eine straflose⁶¹⁾ nachträgliche Registrierung von Lebensgemeinschaften als Ehen und ferner die Eintragung der Kinder aus nicht standesamtlich geschlossenen Verbindungen als eheliche wurde durch Gesetz Nr. 4727 v. 30.3.1945, Nr. 5524 v. 1.2.1950 und Nr. 6652 v. 30.1.1956 zugelassen.⁶²⁾ Letzteres trat am 7.2.1960 außer Kraft.

Die nachträgliche Registrierung war nach diesen Gesetzen nur dann zulässig, wenn aus der Verbindung ein Kind hervorgegangen war, kein Ehehindernis der Verwandtschaft im Sinne des Art. 92 tZGB bestand und keine der beiden

58) Das Klagerecht des Staatsanwalt gilt auch hier (Art. 251 tZGB).

59) Vgl. dagegen im deutschen Recht: OLGPräs. Nürnberg, FamRZ 1961, 36; LG Itzehoe, FamRZ 1959, 170; Palandt-Lauterbach, § 1723 Anm. 3 und § 1728 Anm. 1; aber auch LG Regensburg, FamRZ 1959, 30. Siehe auch allgemein Göppinger, FamRZ 1963, 272 ff. und Maßfeller, StAZ 1963, 246 ff.

60) Vgl. Hirsch, Das schweiz. ZGB in der Türkei, SchJZ 50, 337-346 unter IV A; ders., ZAIP 23, 86; Pritsch, ZvglRechtswiss. 59 (1957), 123-180/170 ff.; ders., ZAIP 24 (1959), 686 ff.; Velidedeoglu, ZSR, Bd. 103 N.S. 81, 1962, I. Fass. 1, S. 51.

61) Die Durchsetzung des der türkischen Bevölkerung unbekannten neuen Rechts wurde zunächst mit Strafen erzwungen.

62) Res. G.: Nr. 6000 v. 8.5.1945; Nr. 7426 v. 7.2.1950 u. Nr. 9227 v. 7.2.1956 und die Verordnung über dieses Gesetz (Res. G. Nr. 9274 v. 2.4.1956).

Partner anderweitig rechtsgültig verheiratet war. Die Eintragung der Kinder aus nicht standesamtlich geschlossenen Verbindungen als ehelich wurde aber auch dann zugelassen, wenn der Mann nach den damaligen Gepflogenheiten bereits gesetzmäßig mit einer anderen noch lebenden Frau verheiratet war und infolgedessen die Beziehung zu der zweiten (oder dritten oder vierten) Frau nicht als Ehe registriert werden konnte, sondern nur als geduldetes Konkubinat galt (Art. 1 des Gesetzes Nr. 6652). Auch diese Kinder erlangten in vollem Umfang die rechtliche Stellung der ehelichen Kinder (Art. 1 III des Gesetzes Nr. 6652). Die Eintragung erfolgte im Ausland durch die Vermittlung der türkischen Konsulate bei den türkischen Standesämtern.⁶³⁾

5. Anfechtung der Ehelicherklärung (Art. 251 tZGB)

Sowohl die Ehelichkeit als auch die Ehelicherklärung kann in beiden Rechten angefochten werden (Art. 242, 251 tZGB; §§ 1593 ff., 1735 BGB). Zur Feststellung der wahren Abstammung wird im türkischen Recht der Kreis der Anfechtungsberechtigten Personen, wenn auch nicht vom Gesetz, so doch von der Rechtsprechung, erweitert und die Anfechtung dadurch erleichtert.⁶⁴⁾ Anfechtungsberechtigt sind die erbberechtigten Verwandten der Eltern, der Staatsanwalt⁶⁵⁾ und jedermann, der daran ein Interesse hat, etwa der Ehemann, der sich auf Willensmangel berufen kann,⁶⁶⁾ ferner das Kind selbst⁶⁷⁾ und auch der außereheliche Vater, der sein Kind anerkannt hat.⁶⁸⁾ Auch die Anwendung dieser Vorschriften bringt keine Schwierigkeit mit sich.

6. Die Einwilligung nach Art. 22 II EGBGB

Soll das deutsche Kind eines türkischen Vaters für ehelich erklärt werden, so

63) Da diese Gesetze heute außer Kraft getreten sind, wurde nur ihr Inhalt wiedergegeben. Siehe ausführlich über diese Gesetze Saymen, a.a.O., S. 328-332; Fişek, a.a.O., S. 587 ff.

64) Vgl. Egger, Art. 261 RdNr. 1: "Der Beweis der Nichtabstammung genügt."

65) Vgl. Tem.2.HD. v. 6.10.1949 E 5115/K 4847 (Olgac, a.a.O., C. I. m. 250 Nr. 1165).

66) Vgl. Velidedeoğlu, a.a.O., Bd. II, S. 264.

67) Weil es in diesem Verfahren unbestrittenermaßen seine Standesrechte gegen die Mutter und den anerkennenden Ehemann geltend machen kann, vgl. Saymen, a.a.O., S. 333.

sind für die Einwilligung zwei Rechtsordnungen maßgebend,⁶⁹⁾ und zwar die türkische und zusätzlich über Art. 22 II EGBGB die deutsche mit der Vorschrift des § 1726 BGB.

Eine Einwilligung des Kindes ist zwar auch im türkischen Recht erforderlich, wenn das Kind mündig ist (Art. 249 Abs. II tZGB), es ist aber keine Einwilligung der Mutter des Kindes und der Frau des Vaters vorgeschrieben wie im deutschen Recht. Insoweit ist das deutsche Recht anzuwenden.

Erfolgt aber diese Ehelichkeitserklärung in der Türkei durch ein türkisches Gericht, so können die beiden Rechtsordnungen nicht kumuliert werden. Infolgedessen kann das deutsche Erfordernis der Einwilligung des § 1726 BGB nicht beachtet werden; dies kann zur Nichtanerkennung der türkischen Ehelichkeitserklärung in Deutschland führen (§ 328 I Nr. 3 ZPO).

C. Die Kindesannahme

I. Maßgebendes Recht

Der deutsche Richter hat in Deutschland das türkische Recht dann anzuwenden, wenn der Annehmende türkische Staatsangehörigkeit besitzt (Art. 22 I EGBGB).⁷⁰⁾ Bei verschiedener Staatsangehörigkeit zweier gemeinschaftlich Annehmender müssen aber die Voraussetzungen beider Heimatrechte vorliegen.⁷¹⁾ Auf das Heimatrecht des Wahlkindes kommt es zunächst nicht an, auch wenn dieses Recht weitere Erfordernisse aufstellt als das deutsche.⁷²⁾

Im türkischen IPR ist umstritten, welches Recht für die Adoption maßgebend ist. Überwiegend wird getrennt zwischen Voraussetzungen und Wirkungen der Adoption. Für die Voraussetzungen sind nach überwiegender Meinung die Hei-

68) Hier wird davon ausgegangen, daß das türkische IPR nicht das Heimatrecht des Kindes für maßgebend hält. Sonst renvoi und dadurch keine Anwendung des Art. 22 II EGBGB.

69) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 22 Anm. A II 2; Soergel-Kegel, Art. 22 RdNr. 22.

70) Vgl. RG 11. 7. 1929 (RGZ 125, 265) im Anschluß an frühere Beschlüsse des KG, KG 28. 5. 1901, OLGE 3 (1901), 88; KG 16. 6. 1911, KGJ 41 A (1912), 25; KG 29. 10. 1926, OLGE 46 (1928), 191; KG 21. 10. 1939, DR 10 (1940), 1375; Staudinger-Raape, Art. 22 Anm. A I.

71) KG 10. 3. 1933, IPRspr. 1933 Nr. 53; Staudinger-Raape, Art. 22 Anm. D II 2.

72) Vgl. KG 16. 12. 1927, IPRspr. 1928 Nr. 54.

matrechte des Annehmenden und des Wahlkindes kumulativ anwendbar, das heißt die Voraussetzungen, die der Adoptierende erfüllen muß, richten sich nach seinem Heimatrecht, die Voraussetzungen, die das Wahlkind erfüllen muß, richten sich nach dessen Heimatrecht.⁷³⁾ Für die Wirkungen der Adoption ist dagegen nach herrschender Meinung das Heimatrecht des Kindes maßgebend.⁷⁴⁾ Ein renvoi findet demnach statt (auch hinsichtlich der Voraussetzungen), wenn das Wahlkind deutsche Staatsangehörigkeit besitzt.⁷⁵⁾

Nach der Schutzvorschrift des Art. 22 II EGBGB ist die Adoption unwirksam, wenn der Annehmende Ausländer (Türke), der Adoptierte aber Deutscher ist, und die nach dem deutschen Gesetz erforderliche Einwilligung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht, nicht erfolgt ist. Dies wird aber im Verhältnis zu der Türkei nicht problematisch, da in diesen Fällen ein renvoi erfolgt.⁷⁶⁾

II. Zuständigkeit der deutschen Gerichte

Die Zuständigkeit der deutschen Gerichte ergibt sich aus § 66 FGG. Dieser knüpft die Zuständigkeit an den Wohnsitz des Annehmenden (Abs. I), oder den Aufenthalt, falls ein inländischer Wohnsitz fehlt, ohne dabei Deutsche und Ausländer zu unterscheiden.⁷⁷⁾ Ist der deutsche Adoptierende ohne Wohnsitz oder Aufenthalt im Inland, so ist Amtsgericht Berlin-Schöneberg zuständig, das die Sache aus wichtigen Gründen an ein anderes Gericht für dieses bindend abgeben kann (Abs. II).

73) Vgl. Berki, a.a.O., S. 416; Yörük, A.K. DHH, S. 340; a.M.: Seviğ, DHH, S. 500: das türkische Recht ist immer maßgebend, wenn einer der Parteien türkisch ist (dagegen aber: Tem.2.HD. E 2860/K 4186, Berki-Ergüney, a.a.O., S. 53).

74) Vgl. Berki, a.a.O., S. 418; Yörük, A.K. DHH, S. 341; a.M.: Seviğ, DHH, S. 501: das türkische Recht, wenn eine Partei türkisch ist.

75) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 22 Anm. D II 2 und D VII und Art. 27 Anm. B I 1; RG 2.6.1932, RGZ 136, 364/65.

76) Dennoch soll unten (S. 142) Art. 22 II EGBGB untersucht werden, da die Anwendung des Heimatrechts des Adoptierten in der Türkei umstritten ist.

77) KG 10.3.1933 IPRspr. 1933 Nr. 55 a; BayObLG 1957, 118; KG NJW 1960, 250; Dölle, DNotTag 1961, 34 ff.

Es ist umstritten, ob die deutsche Zuständigkeit ausschließlich ist,⁷⁸⁾ wenn der Annehmende deutsche Staatsangehörigkeit hat. Die deutsche Zuständigkeit überhaupt wird bezweifelt, wenn der fremde Heimatstaat des Annehmenden ausschließliche Zuständigkeit für sich beansprucht.⁷⁹⁾ Über die Zuständigkeit der türkischen Gerichte gilt das für die Scheidung Gesagte (vgl. ob. S. 85).

III. Das materielle türkische Recht und die Probleme seiner Anwendung durch den deutschen Richter

1. Einleitung

Auch das türkische Recht sieht neben der Ehelichkeitserklärung die Adoption vor, die ausschließlich ein Eltern- und Kindesverhältnis zwischen Adoptierten und Adoptierenden begründet, und durch die gerichtliche Bestätigung eines Vertrages zwischen Beteiligten zustande kommt.

Zum deutschen Recht ergeben sich folgende Unterschiede:

- a) Das türkische Recht setzt für den Adoptierenden ein Mindestalter von 40 Jahren und einen Altersunterschied von mindestens 18 Jahren voraus (Art. 253 tZGB), während der Annehmende nach dem deutschen Recht das 35. Lebensjahr vollendet haben soll (§ 1744 BGB) und die Adoption grundsätzlich auf Minderjährige beschränkt ist (§ 1744 BGB; seit dem FamRÄndG v. 11.8.1961), woraus sich ein Altersunterschied von knapp 15 Jahren ergibt. Vom Erfordernis der Minderjährigkeit und des Mindestalters kann im deutschen Recht Befreiung erteilt werden (§ 1745 b und 1745 c BGB). Im türkischen Recht ist eine solche Möglichkeit umstritten.⁸⁰⁾

78) So Rabel, ZAIP 6 (1934), 315; Krusch, in Intern. FamR. Dtl.u.Fr., S. 418; Soergel-Kegel, Art. 22 RdNr. 35 und 36; vgl. auch Keidel, § 66 RdNr. 9 a und 10.

79) Dölle, DNotTag 1961, 40: "beansprucht der Staat der lex causae eine ausschließliche Zuständigkeit, so muß ein dringendes Fürsorgebedürfnis im Inland vorliegen, damit wir unsere intern. Zuständigkeit trotzdem bejahen".

Für die deutsche Zuständigkeit: Krusch, a.a.O., S. 418; Rabel, ZAIP 6, 315; a.M.: Raape, IPR, § 35, II; BayObLG 57, 123.

80) Bejahend: Arik, Evlat Edinme, SBO Derg. 1949, m. 187, 188; Egger, Art. 264 RdNr. 7 und 8; verneinend Saymen, a.a.O., S. 341; Ataay, Medeni Hukukta Evlat Edinme, Diss. Istanbul, 1955, § 11 I 1.

- b) Im deutschen Recht ist die Adoption nur einer Person gestattet, die selber keine ehelichen Kinder hat (§ 1741 BGB), während das türkische Recht sie nur Personen gestattet, die überhaupt keine ehelichen Abkömmlinge haben (Art. 253 tZGB). Befreiung kann davon im türkischen Recht nicht gewährt werden, im Gegensatz zum deutschen Recht (§ 1745 a BGB).
- c) Bestritten ist im türkischen Recht wiederum, ob das Ehebruchs- oder blutschänderische Kind von seinen Eltern adoptiert werden kann.⁸¹⁾ Im deutschen Recht ist dies möglich.
Eine Annahme an Enkels Statt kennt auch das türkische Recht nicht.⁸²⁾
Die Wirkungen der Adoption sind grundsätzlich die gleichen wie im deutschen Recht.

2. Anwendung des türkischen Adoptionsrechts in Deutschland

a) Rechtsvergleichung im Hinblick auf Art. 22 II EGBGB

Die Einwilligung der Eltern ist im türkischen Recht nur als Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorgesehen - so auch bei der Eheschließung. In Art. 254 tZGB handelt es sich also nur um die Zustimmung kraft der gesetzlichen Vertretungsmacht der Eltern, also nur um eine Zustimmung, wie sie nach dem deutschen Recht zum Abschluß des Adoptionsvertrages nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilt werden kann (§ 1751 BGB). Das BGB unterscheidet nämlich zwischen der Einwilligung in die Annahme an Kindes Statt

81) Bejahend: Saymen, a.a.O., S. 345; Aksoy, a.a.O., S. 206; Mardin, Adalet Vekaletinin Suallerine Cevap, Ad. Derg. 1942, 1357 ff.; a.M.: Arsebük, a.a.O., S. 431 (Bd. II) und Fußn. 128; Berki, a.a.O., S. 6; vgl. auch Saymen-Oguzman, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, C. II, S. 159.

Ob sich Geschwister untereinander adoptieren können, ist im türkischen Recht umstritten: Das Kassationsgericht hat dies einmal bejaht (Tem.2. HD. 4.11.1947, E 4538/ K 5603, Saymen - Erman - Elbir, Külliyyat, C. I No: 91); so auch Saymen, a.a.O., S. 345; Doganay, Evlat Edinme ve bir kimse kardesini evlat edinebilir mi?, Ad. Derg. 1948, 726 ff.; Arik, a.a.O., S. 194, 195; a.M.: Berki, Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlatligin Mirasi, Ank. Huk. Fak. Derg. 1952, S. 2 ff.; Elbir, Kardesin Evlat edinilmesi ve 'adoptio imitatur naturum' fikri, Sos. Huk. ve İkt. Mec. 1950, 546 sy. 24.

82) Palandt-Lauterbach, Einf. vor § 1741 Anm. 1; RG HRR 28, 129.

und in den Abschluß des Annahmevertrages. Die Einwilligung der Eltern zur Adoption (§ 1747 BGB) ist der Ausdruck ihrer persönlichen Willensmeinung, durch welche sie ohne Eingriff in die Rechtssphäre des Kindes sich lediglich damit einverstanden erklären, ihre Elternrechte an dem Kind abzutreten. Sie ist notwendig wegen des natürlichen Verwandtschaftsverhältnisses (Elternkonsens)⁸³⁾ und als solche dem türkischen Recht fremd. Daher finden §§ 1747, 1748 BGB gemäß Art. 22 II EGBGB Anwendung.

Die Zustimmung der anzunehmenden Person ist auch nach dem türkischen Recht notwendig, wenn sie urteilsfähig ist (Art. 254 I tZGB). Auch dies entspricht aber nicht ganz dem § 1751 II BGB. Einmal wird das Kind im türkischen Recht von seinen Eltern vertreten, ohne das eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nötig wäre. Zum anderen handelt es sich bei der Urteilsfähigkeit im Sinne des Art. 254 i. V. m. Art. 15 tZGB, also bei der Fähigkeit **zu vernunftgemäßem Handeln**, mehr um eine Tatfrage. Sie kann nicht immer mit der Vollendung des 14. Lebensjahres (§ 1751 II BGB) als erreicht angesehen werden. Hat also der deutsche Adoptierte das vierzehnte Lebensjahr vollendet, ist er aber noch nicht urteilsfähig, so bedarf der Annahmevertrag trotzdem seiner Einwilligung; praktisch also alle Verträge deutscher Adoptivkinder, die das vierzehnte Lebensjahr vollendet haben, gleichgültig, ob sie urteilsfähig sind oder nicht (Art. 22 II EGBGB).⁸⁴⁾

- b) Zweckmäßigkeitsprüfung gemäß Art. 256 S. 2 tZGB
durch die deutschen Gerichte

Als Gültigkeitserfordernis verlangen Art. 256 und 406 Nr. 1 tZGB, daß der Adoptionsvertrag gerichtlich bestätigt wird.⁸⁵⁾ Das Gericht hat dabei eine doppelte Prüfung vorzunehmen:

- 1) einmal, ob die gesetzlichen Erfordernisse vorliegen. Diese Prüfung kann auch das deutsche Gericht ohne weiteres vornehmen, da sie der Prüfung entspricht, die es selbst nach § 1754 BGB durchführen muß.

83) Die Einwilligung ist nach § 1747 BGB unabhängig von der elterlichen Gewalt oder dem Personensorgerecht (vgl. RGZ 119, 46; Soergel-Lade, § 1748 RdNr. 1).

84) Vgl. Bergmann, StAZ 1929, 271.

85) Zuständig ist dafür das Grundgericht (Art. 406 Nr. 1 tZGB). Ein Adoptionsvertrag, der nur von einem Friedensrichter bestätigt wird, ist ungültig (Tem.2.HD. 15.7.1947, E 2693/ K 4117, Saymen - Erman - Elbir, Külliyyat, Bd. I No: 90).

- 2) zum zweiten, ob der Annehmende dem Kinde bereits bisher Fürsorge und Pflege erwiesen hat, das heißt, ob innerlich gerechtfertigte Beweggründe für die Adoption vorliegen, und ob sie dem Wohle des Kindes entspricht (Art. 256 S. 2 tZGB).

Steht das Kind unter Vormundschaft, so ist außerdem eine zusätzliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (Art. 254 S. 2 tZGB).

Problematisch ist, ob auch diese Zweckmäßigkeitsprüfung von den deutschen Gerichten vorgenommen werden kann.

Trotz seines Randvermerkes "Form der Adoption" ist die Bestimmung des Art. 256 tZGB nicht als Ganze als Formvorschrift zu qualifizieren.⁸⁶⁾ Insbesondere hinsichtlich der Zweckmäßigkeitsprüfung handelt es sich nicht nur um eine Formvorschrift, sondern "um ein die Sache selbst betreffendes Erfordernis der Kindesannahme".⁸⁷⁾

Gegenüber der heute wohl herrschenden Meinung⁸⁸⁾ hat das KG⁸⁹⁾ in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, daß "Art. 267 II ZGB (entspricht Art. 256 tZGB) eine Ermittlungs- und Prüfungstätigkeit voraussetze, die über den Rahmen der dem deutschen Bestätigungsrichter in den §§ 1741 ff. BGB, insbesondere in § 1754 BGB, zugewiesenen Aufgaben hinausgeht, indem er eine Prüfung der individuellen Interessen des Anzunehmenden, sowie von Zweckmäßigkeitsfragen und Beweggründen (Pietät) zur Pflicht macht".⁹⁰⁾

Auch nach der durch das Gesetz vom 23.11.1933 erfolgten Erweiterung der Befugnisse des Bestätigungsgerichts sah sich das KG nicht veranlaßt, von sei-

86) Vgl. Frankenstein, IPR, Bd. IV, S. 184.

87) KG v. 15.1.1932, wiedergegeben und zustimmend besprochen von Rabel, ZAIP 6, 318/319; vgl. Fußn. 2; vgl. auch Staudinger-Raape, Art. 22 Anm. D I 3.

88) Vgl. Rabel, ZAIP 6, 310 ff.; Reu, a.a.O., S. 164 ff.; Wolff, IPR, S. 221; Krusch, a.a.O., S. 421; Soergel-Kegel, Art. 22 RdNr. 41; AG Heidenheim-Brenz, v. 7.1.1953, StAZ 1953, 133; OLG Nürnberg, 8.5.1950, IPRspr. 1950/51 Nr. 89.

89) Vgl. KG 30.6.1922 OLG 42, 188; KG v. 15.1.1932 ZAIP 6, 311; KG v. 6.9.1935, StAZ 1936, 71.

90) StAZ 1936, 71.

ner Rechtsprechung abzuweichen.⁹¹⁾ Dadurch entfielen die Möglichkeit einer Adoption eines deutschen Kindes durch einen Türken oder sogar durch Angehörige fast aller Staaten, da die übergroße Zahl der ausländischen Gesetze eine dem Art. 256 tZGB entsprechende Art von Zweckmäßigkeitsprüfung kennen.⁹²⁾

Diese Prüfung ist aber für die deutschen Gerichte "weder übermäßig schwierig, noch zeitraubend, noch beisspiellos";⁹³⁾ so kennt auch das deutsche Recht bei der Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts zum Schutze der Kinder etwa gegen den Mißbrauch der elterlichen Gewalt ebenfalls eine Zweckmäßigkeitsprüfung (§§ 1634, 1671, 1672 etc. BGB). Auch im Fall des § 1666 BGB hat sich das Vormundschaftsgericht unter anderem auch mit der Person des Vaters zu befassen. Auch bei der Adoption hat das Bestätigungsgericht nach der Änderung vom 23.11.1933 zu prüfen, ob "Zweifel an der Ernstlichkeit des Vertrages bestehen" (§ 1754 Nr. 2 BGB). Es besteht eine große Ähnlichkeit zwischen diesen letzteren Funktionen des deutschen Gerichts und der von dem Art. 256 S. 2 Halbsatz 1 tZGB geforderten Prüfungsfunktion, da auch nach dieser vom Richter festzustellen ist, ob "innerlich gerechtfertigte Beweggründe für die Adoption" vorliegen, ob also die Kindesannahme mit der Absicht geschieht, ein Eltern-Kindesverhältnis zu schaffen, welches im türkischen Recht vermutet wird, wenn der Annehmende dem Kinde Fürsorge und Pflege bereits erwiesen hat.

91) Das KG führt hierbei in seiner Entscheidung v. 6.9.1935, StAZ 1936, 71, folgende Begründung an: "... Allerdings hat durch die Änderung des § 1754 BGB die Prüfungspflicht des Bestätigungsrichters eine Ausdehnung erfahren. Zu dem bisherigen Versagungsstatbestand des § 1754 Nr. 1 BGB sind die Nrn. 2 und 3 hinzugekommen. Damit ist aber die Versagungsfrage erschöpfend geregelt. Andere Bedenken, wie zum Beispiel Zweckmäßigkeitserwägungen, widerstreitende Interessen eines Vertragsteils, können die Versagung nicht begründen, wenn nicht zugleich einer der gesetzlichen Versagungsstatbestände erfüllt ist (vgl. Brandis, JW 1934, 3 zu I, 2). Diese Beschränkung der materiellen Prüfungspflicht des Bestätigungsrichters ergibt sich einmal aus der erschöpfenden Aufzählung des Gesetzes selbst, sodann auch aus der mit der getroffenen Regelung verfolgten Absicht des Gesetzgebers ..."

92) Vgl. Reu, a. a. O., S. 168.

93) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 22 Anm. D IV 2b.

Überdies hat dasselbe deutsche Amtsgericht - an einem kleinen Amtsgericht sogar derselbe Richter - das die Bestätigung erteilt, als Vormundschaftsgericht die Interessen des Kindes zu prüfen, wenn es minderjährig ist.⁹⁴⁾ Wenn das Gericht dies tun kann, kann es ohne weiteres die gleiche Prüfung auch hinsichtlich der urteilsfähigen Kinder und der Volljährigen vornehmen.

Insbesondere nach der Änderung des § 1754 BGB durch das Gesetz v. 23.11.1933 hat das Bestätigungsgericht selbst nach § 1754 II Nr. 2 BGB nach freiem Ermessen zu prüfen, ob "begründete Zweifel daran bestehen, daß durch die Annahme ein dem Eltern und Kindesverhältnis entsprechendes Familienband hergestellt werden soll".

Es steht also nichts entgegen, dieses Ermessen des deutschen Bestätigungsgerichts gemäß dem nach deutschem IPR maßgebenden ausländischen Recht auch auf die Prüfung der Kindesinteressen zu erweitern.⁹⁵⁾

Daß, wie das KG⁹⁶⁾ behauptet, "die Versagungsfrage durch den neugefaßten § 1754 BGB erschöpfend geregelt sei", ist nur hinsichtlich des deutschen materiellen Rechts entscheidend. Dies kann aber nicht in dem Sinne verstanden werden, daß die Versagungsgründe der Adoption nach ausländischem Recht ebenfalls erschöpfend geregelt sind und ein abweichender Versagungsgrund eines nach deutschem IPR maßgebenden ausländischen Rechts nicht angewandt werden kann. Soweit es mit ihrem eigenen Tätigkeits- und Erfahrungsbereich vereinbar ist, sollen die deutschen Gerichte nach Möglichkeit auch der Verwirklichung des ausländischen Rechts dienen.⁹⁷⁾ Deutsche Gerichte können somit auch den Adoptionsvertrag eines türkischen Staatsangehörigen bestätigen und die nach Art. 256 tZGB erforderliche Zweckmäßigkeitsprüfung vornehmen,

94) Vgl. Reu, a.a.O., S. 174; Rabel, ZAIP 6, 314.

95) Vgl. Wahl, Zum intern. Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Personen- und Familiensachen, ZAIP 10 (1938), 43 Fußn. 1: "... durch die Novelle v. 23.11.1933 zu § 1754 BGB ist nun auch in Deutschland die Bestätigung der Adoption zu einer Ermessensentscheidung geworden"; Frankenstein, IPR, IV, S. 187; Krusch, in Intern. FamR, Dtl. u. Fr., S. 420/421.

96) StAZ 1936, 71.

97) Vgl. Luther, ZAIP 1958, 764 ff./787 (Festgabe für A. Makarov); hierzu Frankenstein, IPR, III, S. 16: Man kann im internationalen Verkehr nicht Gleichheit, sondern nur annähernde Übereinstimmung der Rechtseinrichtungen voraussetzen, wenn man ihn nicht unmöglich machen will.

wenn das türkische Recht maßgebend ist.⁹⁸⁾

2. Abschnitt Das uneheliche Kindschaftsverhältnis

A. Anknüpfungen

I. Anknüpfungen aufgrund des deutschen IPR

1. Das Rechtsverhältnis zwischen einem unehelichen Kind und seiner Mutter wird nach dem Heimatrecht der Mutter beurteilt (Art. 20 EGBGB).⁹⁹⁾

98) Wörtlich ergibt sich aus Art. 256 tZGB, daß für den Adoptionsvertrag nicht eine Bestätigung des Vertrages durch das Gericht, sondern eine Ermächtigung der Parteien zum Abschluß eines Kindesannahmevertrages vorgeschrieben ist. In der Praxis wird aber meist, ähnlich wie im deutschen Recht, der beim Notar abgeschlossene Vertrag durch das Gericht bestätigt (vgl. Tem.2. HD. 16.12.1948 E 4733/K 5801; Olgaç, a.a.O., C. I, m. 256 Nr. 1193; Saymen, a.a.O., S. 246). Problematisch wäre es in zweifacher Hinsicht, wenn das deutsche AG um eine solche Ermächtigung ersucht würde: einmal, ob diese Ermächtigung erteilt werden kann, ohne daß ein schon abgeschlossener Vertrag vorliegt, zum zweiten, ob hierbei die sogenannte Zweckmäßigkeitsprüfung vorzunehmen ist. Das letztere wurde vorhin erörtert. Bei ersterem handelt es sich um einen Akt, der nachträglich, nachdem der Vertrag vor dem Notar abgeschlossen ist, als eine Bestätigung im Sinne der §§ 1741, 1754 BGB zu erfolgen hätte. Aus diesem Grund gehört er nicht zu der Form der Adoption, sondern zu den sachlichen Voraussetzungen, wie die Bestätigung selbst. Somit bleibt die Maßgeblichkeit des Adoptionsstatuts weiterhin auch für diesen Fall bestehen. Fraglich ist nun, ob das deutsche Gericht diese Ermächtigung erteilen kann. Dies ist zu bejahen, da die Vorschriften der §§ 1741, 1754 BGB nicht prozeßrechtlich zu qualifizieren sind und dadurch nicht der Anwendung des Art. 256 I tZGB entgegenstehen, und die Ermächtigungstätigkeit als solche nicht dem Tätigkeitsbereich des deutschen Amtsgerichts wesensfremd ist. Ähnliche Arten von Genehmigungen kennt auch das deutsche Recht (etwa §§ 1819 ff. BGB).

99) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 20 RdNr. 1 und die dort in Fußn. 1 angegebene Literatur; Wengler, in Intern. FamR. Dtl.u.Fr., S. 322 ff.

2. Das Rechtsverhältnis zwischen dem unehelichen Kind und dem Vater, das nicht in der Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem Kind besteht, wird analog Art. 20 EGBGB nach dem Heimatrecht des Vaters beurteilt.¹⁰⁰⁾
3. Die Unterhaltspflicht des Vaters und deren Voraussetzungen beurteilen sich nach dem Heimatrecht der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes¹⁰¹⁾ (Art. 21 EGBGB). Dieses Statut ist unwandelbar. Das Heimatrecht der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes entscheidet auch über die Feststellung der unehelichen Vaterschaft.¹⁰²⁾
4. Ansprüche der unehelichen Mutter gegen den Vater auf Ersatz der Kosten für die Schwangerschaft und Entbindung und den Unterhalt beurteilen sich nach dem Heimatrecht der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes (Art. 21 EGBGB).
5. Der Name des unehelichen Kindes wird als Persönlichkeitsrecht grundsätzlich von seinem Personalstatut, das heißt, von seinem Heimatrecht, bestimmt.¹⁰³⁾

II. Anknüpfungen aufgrund des türkischen IPR

1. Das Rechtsverhältnis zwischen dem unehelichen Kind und seiner Mutter oder seinem Vater beurteilt sich nach der überwiegenden Meinung nach dem Heimatrecht des Kindes.¹⁰⁴⁾
2. Über die Unterhaltspflicht des Vaters entscheidet das Unterhaltsstatut, das heißt, das gemeinsame Heimatrecht der Beteiligten, wenn sie gleich-

100) Vgl. Wengler, a. a. O., S. 324; Lewald, IPR, S. 145; Staudinger-Raape, Art. 21 Anm. G I; BayObLG NJW 1954, 350; OLG Düsseldorf, FamRZ 1957, 182; a. A.: (für Anwendung des Heimatrechts der Mutter bei Geburt des Kindes) Peters, Die Anknüpfung des Rechtsverhältnisses zwischen dem unehelichen Kind und seinem Vater im deutschen IPR, Diss. Berlin 1938, 26-31; vgl. auch Dölle, Festschr. f. Kaufmann, 1950, S. 44.

101) Vgl. Zweigert, in Intern. FamR. Dtl. u. Fr., S. 443.

102) Vgl. OLG Frankfurt 3./17.12.1925; LG Königsberg 30.5.1934 IPRspr. 1934, Nr. 66; Wengler, a. a. O., S. 324; Lewald, IPR, S. 147; Soergel-Kegel, Art. 21 RdNr. 5 u. Fußnoten 5a, 6 und 7; a. A.: LG Frankfurt 20.4.1928 IPRspr. 1928 Nr. 51.

103) Vgl. BGH, IPRspr. 1952/53, Nr. 12; Frankenstein, IPR, IV, S. 116.

104) Vgl. Berki, a. a. O., S. 408, 410; Yörük, A. K., DHH., S. 337; a. M.: Seviğ, DHH, S. 498: Maßgeblichkeit des türkischen Rechts, wenn ein Beteiligter türkischer Staatsangehöriger ist.

che Staatsangehörigkeit besitzen, und die lex fori, wenn sie verschiedener Staatsangehörigkeit sind.¹⁰⁵⁾

3. Der Name des unehelichen Kindes beurteilt sich auch im türkischen Recht nach seinem Personalstatut, das heißt, nach seinem Heimatrecht.¹⁰⁶⁾
4. Erbrechtliche Rechtsverhältnisse des unehelichen Kindes werden vom Erbstatut bestimmt, das heißt, vom Heimatrecht des Erblassers, wenn es sich um den beweglichen Nachlaß handelt, und von der lex rei sitae, wenn es sich um den unbeweglichen Nachlaß handelt (Art. 4 EHVK).¹⁰⁷⁾

III. Maßgeblichkeit des türkischen Rechts in Deutschland

1. Vater und Mutter türkisch

Ist sowohl die Mutter als auch der Vater des unehelichen Kindes türkischer Staatsangehöriger, so sind alle Beziehungen, einschließlich des Namens des Kindes, nach dem türkischen Recht zu beurteilen, da das uneheliche Kind einer Türkin mit seiner Geburt automatisch die türkische Staatsangehörigkeit erwirbt und das türkische Recht das außereheliche Kindesverhältnis zwischen dem Kind und seiner Mutter mit der Geburt entstehen läßt (Art. 1 neues tStAG und Art. 290 tZGB).¹⁰⁸⁾

2. Türkische Mutter und deutscher Vater

Ein uneheliches Kind einer Türkin erwirbt nach Art. 1 c des neuen tStAG die türkische Staatsangehörigkeit mit seiner Geburt auch dann automatisch, auch wenn der Vater deutscher Staatsangehöriger ist. Hierbei ist

105) Vgl. Berki, a.a.O., S. 424; Tem.2.HD., 1. Ikincitersin. 1937, Nr. 3801 und Tem.2.HD. 18. Ikincitersin 1939, Nr. 3686 (Berki-Ergüney, a.a.O., S. 46-53); abweichend Seviğ, DHH, S. 504: Heimatrecht des Unterhaltsberechtigten.

106) Vgl. Berki, a.a.O., S. 411.

107) Vgl. Berki, a.a.O., S. 411, 445.

108) Die unehelichen Kinder einer ausländischen Mutter können dagegen die türkische Staatsangehörigkeit erst dann erwerben, wenn die Vaterschaft eines türkischen Staatsangehörigen durch Ehelicherklärung, durch Anerkennung oder durch Zuspreehung mit Standesfolge festgestellt ist (Art. 2). Auch dies wirkt dann von der Geburt an.

- a) für die Rechtsbeziehungen zur Mutter primär das türkische Recht maßgebend (Art. 20 EGBGB). Da nach dem türkischen IPR das Recht des Kindes entscheidet, findet eine Rückverweisung auf das deutsche Recht nicht statt, sogar auch dann nicht, wenn die Vaterschaft eines Deutschen feststeht.
- b) das Rechtsverhältnis zwischen dem unehelichen Kind und dem Vater, das nicht in der Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem Kind besteht, nach dem deutschen Recht zu beurteilen.
- c) für die Unterhaltspflicht des Vaters dagegen primär wieder das türkische Recht maßgeblich (Art. 21 EGBGB). Ein renvoi findet hier statt,¹⁰⁹⁾ da das türkische IPR bei verschiedener Staatsangehörigkeit die lex fori (hier das deutsche Recht) für maßgebend erklärt.¹¹⁰⁾
- d) der Name des Kindes wird vom türkischen Recht bestimmt. Ein renvoi findet nicht statt.
- e) für die Ansprüche der Mutter gegenüber dem Vater ist primär das türkische Recht maßgebend (Art. 21 EGBGB). Hier verweist das türkische Recht wieder auf das deutsche Recht als der lex fori zurück.

3. Türkischer Vater und deutsche Mutter

- a) Die Beziehungen des Kindes zu seiner Mutter regelt das deutsche Recht (Art. 20 EGBGB).
- b) Die Unterhaltspflicht des Vaters wird ebenso vom deutschen Recht geregelt (Art. 21 EGBGB).
- c) Die sonstigen Beziehungen zwischen dem unehelichen Kinde und dem Vater bestimmen sich nach türkischem Recht. Ein renvoi erfolgt nicht, da das uneheliche Kind eines türkischen Vaters gemäß Art. 1 a des neuen tStAG automatisch mit seiner Geburt (rückwirkend mit seiner Anerkennung etc.) die türkische Staatsangehörigkeit erwirbt, und das türkische IPR an das Heimatrecht des Kindes anknüpft.¹¹¹⁾

109) Die Rückverweisung ist nach der herrschenden Lehre beachtlich: Neuhäus, Die Verpflichtungen des unehelichen Vaters im deutschen IPR, Stuttgart und Köln 1953, S. 42 ff.; Soergel-Kegel, Art. 21 RdNr. 52 und die dort in Fußn. 11 angegebene Literatur.

110) Vgl. aber die ablehnende Meinung von Seviğ, a.a.O., S. 504.

111) Das Kind hat hier zwar auch die deutsche Staatsangehörigkeit, da nach § 4 I RuStAG das uneheliche Kind einer Deutschen durch die Geburt die Staatsangehörigkeit der Mutter erwirbt; für das türkische IPR ist jedoch seine türkische Staatsangehörigkeit ausschlaggebend.

- d) Der Name des Kindes bestimmt sich nach dem deutschen Recht.¹¹²⁾
- e) Für die Ansprüche der Mutter gegenüber dem Vater ist ebenfalls das deutsche Recht maßgebend (Art. 21 EGBGB).

B. Materielles türkisches Recht und Probleme seiner Anwendung in Deutschland

I. Einleitung

Nach Art. 290 tZGB entsteht das außereheliche Kindesverhältnis zwischen dem Kind und der Mutter mit der Geburt. Zwischen dem Kinde und dem Vater wird es durch Anerkennung oder durch Urteil festgestellt. In Bezug auf die Mutter und auf den Vater werden also im türkischen Recht unterschiedliche Systeme befolgt. Während bezüglich der Mutter das Abstammungssystem, wie im deutschen Recht, gilt, wird bezüglich des Vaters ein gemischtes System von Abstammungs- und Anerkennungssystem befolgt. Das Abstammungssystem insofern, als von dem Vater stets Unterhalt gefordert werden kann, und das Anerkennungssystem insofern, als das Kind im Falle der Anerkennung "dem Stande des Vaters" folgt, wobei der Anerkennung "eine gerichtliche Zusprechung des Kindes mit Standesfolge" gleichsteht, die jedoch nur unter gewissen Voraussetzungen möglich ist.¹¹³⁾

II. Die Beziehungen des Kindes zur Mutter

1. Maßgeblichkeit des türkischen Rechts in Deutschland

Das türkische Recht ist für die Beziehungen des Kindes zur Mutter dann maßgebend, wenn beide Eltern oder nur die Mutter die türkische Staatsangehörigkeit besitzen.

2. Das materielle türkische Recht

Das Rechtsverhältnis der außerehelichen Kindschaft entsteht nach Art. 290 S. 1 tZGB zwischen dem Kinde und seiner Mutter mit der Geburt. Die Regelung

112) Hierbei ist in Deutschland seine deutsche Staatsangehörigkeit entscheidend. Vgl. darüber oben S. 58, Fußn. 97.

113) Vgl. Raape, Die Staatsangehörigkeit kraft Eheschließung und kraft Abstammung, Hamburg 1948, S. 81: nach Raape ist in der ganzen Welt kein uneheliches Kind besser gestellt als nach den Rechtsordnungen der Schweiz (heute auch der Türkei) und Griechenlands, sofern überhaupt zwischen ehelichen und unehelichen unterschieden wird.

der Art. 311, 312 tZGB entspricht grundsätzlich den §§ 1705, 1706, 1707 BGB.

Ein wesentlicher Unterschied besteht nur darin, daß sich nach dem deutschen Recht die Vormundschaft des Jugendamtes mit der Geburt des Kindes kraft Gesetzes ergibt (§ 40 JWG; sogenannte Amtsvormundschaft), während nach Art. 298 tZGB von dem Vormundschaftsgericht dem Kinde von Amts wegen ein Beistand bestellt werden muß, sobald es von der außerehelichen Geburt Kenntnis erhalten oder die Mutter die außereheliche Schwangerschaft angezeigt hat. Fraglich ist hierbei zunächst, ob die in Art. 298 tZGB vorgesehene Bestellung eines Beistands vom deutschen Vormundschaftsgericht getroffen werden kann, oder ob die gesetzliche Vormundschaft des deutschen Jugendamtes auch für die unehelichen Kinder einer Türkin gilt. Über die Notwendigkeit einer Vormundschaft entscheidet mangels elterlicher Gewalt der Mutter nicht Art. 20, sondern Art. 23 EGBGB.¹¹⁴⁾ Nicht nur die materiellen Voraussetzungen für die Entstehung und das Ende der Vormundschaft und Pflegschaft ergeben sich aus dem nach Art. 23 EGBGB maßgebenden Recht, sondern auch die internationale Zuständigkeit, die in Vormundschafts- und Pflegschaftssachen beim Heimatstaat liegt.¹¹⁵⁾ Dieser Grundsatz, daß die Gerichte des Heimatstaates für Vormundschaft und Pflegschaft international zuständig sind, wird jedoch von Art. 23 EGBGB zugunsten der deutschen Gerichte durchbrochen. Die Anordnung einer Vormundschaft über einen Ausländer (hier türkisches Kind) ist zumindest dann gestattet, wenn er nach seinem Heimatrecht der Fürsorge bedarf, der Heimatstaat die Fürsorge nicht übernehmen kann,¹¹⁶⁾ und er seinen Wohnsitz oder Aufenthalt im Inland hat.¹¹⁷⁾ Hinsichtlich der Anordnung einer Pflegschaft genügt es sogar, wenn das Bedürfnis der Fürsorge im Bezirk des Vormundschaftsgerichts auftritt (§ 37 II FGG).

Ob der Heimatstaat (hier die Türkei) die Fürsorge nicht übernimmt, ist von Amts wegen zu klären (§ 12 FGG).¹¹⁸⁾ Nachdem aber das türkische Recht

114) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 20, RdNr. 14; a.M.: Wolff, IPR, S. 218: für Anwendbarkeit des Art. 20 EG.

115) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 23 RdNr. 1 und 13.

116) Etwa weil der uneheliche Vater am besten in Deutschland auf Unterhalt verklagt werden kann, da er in Deutschland wohnt - vgl. auch Art. 300 tZGB.

117) Vgl. Raape, IPR, S. 404; Soergel-Kegel, Art. 23 EGBGB, RdNr. 15.

118) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 23 RdNr. 15 und 21.

selbst dem Gericht des Aufenthaltsortes des unehelichen Vaters die sofortige Eingriffsmöglichkeit einräumt (Art. 300 tZGB) ist anzunehmen, daß für ein in Deutschland geborenes türkisches uneheliches Kind die Anordnung der Vormundschaft oder Pflegschaft getroffen werden kann.¹¹⁹⁾ Zumindest als vorläufige Maßnahme kann auch eine Pflegschaft nach § 1909 III BGB angeordnet werden,¹²⁰⁾ bis von einem türkischen Gericht ein Beistand nach Art. 298 tZGB oder ein Vormund bestellt oder das Kind unter die elterliche Gewalt der Mutter oder des Vaters gestellt wird. Die gesetzliche Amtsvormundschaft des deutschen Jugendamtes nach § 40 I JWG erfaßt dagegen nur deutsche uneheliche Kinder, nicht ausländische¹²¹⁾ (§ 1 I JWG). Die Amtsvormundschaft hängt allein von der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes ab, nicht davon, welche Rechtsordnung als Personalstatut für die Rechtsstellung der Kinder maßgebend ist.¹²²⁾ Über Ausländer hat das Jugendamt gesetzliche Amtsvormundschaft nur bei Rückverweisung des maßgebenden Rechts.¹²³⁾ Eine Rückverweisung des türkischen IPR auf das deutsche Recht findet aber nicht statt, da nach dem türkischen Recht das Heimatrecht des Kindes maßgebend ist.¹²⁴⁾ Es bestehen aber keine Bedenken, das Jugendamt unter Beachtung des Art. 23 EGBGB zum Vormund des türkischen unehelichen Kindes zu bestellen.¹²⁵⁾

Streitig ist dagegen im deutschen Recht, ob eine vorläufige Vormundschaft (§ 1906 BGB) oder eine Pflegschaft (§ 1909 III BGB) zulässig ist,¹²⁶⁾

119) Vgl. Raape, IPR, S. 406.

120) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 23 RdNr. 12; IPRspr. 1932, Nr. 92; dagegen die herrschende Meinung: Staudinger-Raape, Art. 23 Anm. B III 7 c; Zittelmann, IPR, II, 936; KG in ständiger RSpr. (KGJ 21 A 209; 27 A 164; IPRspr. 1926/27, Nr. 87).

121) Soergel-Kegel, Art. 23 RdNr. 8 und Fußn. 16 ebd.; Staudinger-Raape, Art. 23, Anm. B III 8; ders., IPR, S. 406.

122) Vgl. BayObLG 1959, S. 48.

123) Die Rückverweisung ist hier beachtlich; vgl. Soergel-Kegel, Art. 23 RdNr. 32 und 8.

124) Vgl. Berki, DHH, S. 435.

125) Vgl. Raape, IPR, S. 406; bei Staudinger, Art. 23, Anm. B III 8; Soergel-Kegel, Art. 23 RdNr. 8 (mindestens bei Rückverweisung des maßgebenden ausländischen Rechts).

126) Bejahend Soergel-Kegel, Art. 23 RdNr. 12; IPRspr. 1932, Nr. 92; dagegen die h.M.: KG in st. RSpr. (KGJ 21 A 209; 31 A 45; IPRspr. 1926/27, Nr. 87); Staudinger-Raape, Art. 23, Anm. B III 7c (außer beim Entmündigungsverfahren nach Art. 8); Palandt-Lauterbach, Art. 23 EGBGB Anm. 8.

III. Die Beziehungen des unehelichen Kindes zum Vater

1. Maßgeblichkeit des türkischen Rechts in Deutschland

a) Unterhaltspflicht

Das türkische Recht kommt für die Unterhaltspflicht dann zur Anwendung, wenn die beiden Elternteile türkische Staatsangehörige sind. Hinsichtlich der Unterhaltspflicht eines deutschen Vaters gegenüber dem unehelichen Kind einer Türkin ist primär ebenfalls das türkische Recht maßgebend, es verweist aber auf das deutsche Recht als der *lex fori* zurück.

b) Die sonstigen Rechtsbeziehungen zwischen dem unehelichen Kind und dem Vater

Hier kommt das türkische Recht dann zur Anwendung, wenn beide Eltern oder der Vater türkische Staatsangehörigkeit besitzen.

2. Das materielle türkische Recht und seine Anwendung in Deutschland

Rechtsbeziehungen zwischen dem Kind und dem Vater, beziehungsweise der väterlichen Verwandtschaft kommen im türkischen Recht nur zur Entstehung, wenn die Vaterschaft außer Zweifel gestellt ist durch *freiwillige Anerkennung oder gerichtliches Urteil*.

Die Rechtsbeziehungen können dabei bestehen in der bloßen Verpflichtung des Vaters zu Vermögensleistungen an das Kind und die Mutter, oder weitergehend in der Standesfolge des Kindes nach dem Vater, womit sich auch gegenseitige erbrechtliche Ansprüche verbinden.

a) Die Anerkennung, Art. 291 ff. tZGB

Die Voraussetzungen des tZGB für die Anerkennung sind:

- 1) Sie kann nur durch den Vater oder durch den väterlichen Großvater erfolgen, wenn der Vater verstorben oder dauernd urteilsunfähig geworden ist (Art. 291 I tZGB). Auch Unmündige oder Minderjährige können ohne Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter anerkennen, sofern sie urteilsfähig sind. Es handelt sich um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft.¹²⁷⁾

127) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 415.

- 2) Es kann nur ein Kind anerkannt werden, das vom Vater abstammt. Ein eheliches Kind kann nicht anerkannt werden, solange seine Ehelichkeit nicht angefochten ist (Art. 242 ff. tZGB). Ob legitimierte Kinder anerkannt werden können, wurde vom Bundesgericht (Schweiz) bejaht,¹²⁸⁾ obwohl auch sie ehelich sind. Die Anerkennung ehewidriger Kinder, das heißt, der Ehebruchskinder und der Kinder, deren Eltern unter dem Eheverbot der Verwandtschaft¹²⁹⁾ stehen, ist ausgeschlossen (Art. 292 tZGB).
- 3) Die Anerkennung liegt erst vor, wenn die vorgeschriebene Form (öffentliche Beurkundung - Art. 44 tNotG, Verfügung von Todes wegen, also Testament - Art. 449 ff.; 478 tZGB und Erbvertrag - Art. 450 tZGB) beachtet worden ist (Art. 291 II tZGB).

Die Anerkennung kann von den Interessenten¹³⁰⁾ angefochten werden (Art. 294 tZGB). Der Mutter, dem Kind, und wenn es verstorben ist, seinen Abkömmlingen, steht ein Einspruchsrecht zu (Art. 293 I tZGB). Zwischen diesem Einspruch und der Anfechtung besteht ein großer Unterschied: Mutter und Kind können durch ihre bloße Opposition beim Richter die Anerkennung sofort beseitigen, indem sie behaupten, der Anerkennende sei nicht der Vater (oder Großvater) oder die Anerkennung sei dem Kinde nachteilig.¹³¹⁾ Der Anerkennende kann dann gegen den Einspruch mit gerichtlicher Klage vorgehen (Art. 293 II tZGB). Zur Anfechtung ist dagegen eine Klage nötig, in der bewiesen werden muß, daß der Anerkennende nicht der Vater (oder Großvater) ist, oder daß ein Ausschlußgrund für die Anerkennung vorlag (Art. 294 tZGB). Die Klage ist gegenüber dem Kind (gegebenenfalls gegenüber dem Kind und dem Anerkennenden gemeinsam) zu erheben (Art. 43 tZPO).

Eine Anerkennung im Sinne des türkischen Rechts (Art. 291 ff. tZGB) ist dem deutschen Recht unbekannt. Die Zahlvaterschaft (§ 1717 BGB) entspricht vielmehr der bloßen Verurteilung zu Vermögensleistungen an die Mutter und das Kind nach Art. 304 - 309 tZGB. Die Anerkennung des § 1718 BGB begründet

128) Bejahend auch Saymen, a.a.O., S. 416.

129) Das tZGB weicht hier vom ZGB ab, da das ZGB dies nur für blutschänderische Kinder vorsieht (Art. 304 ZGB).

130) Zu den Interessenten gehört auch das Finanzamt. Ihm ist ein Anfechtungsrecht jedoch nur zu dem Zweck eingeräumt, um das Erbrecht des Staates zu schützen (Saymen, a.a.O., S. 422). In der Praxis wird aber von diesem Anfechtungsrecht so gut wie niemals Gebrauch gemacht.

131) Nach Art. 293 I tZGB a.E. genügt dies ebenfalls ohne weitere Voraussetzungen, um die Anerkennung rückgängig zu machen.

nicht die Vaterschaft, sondern schließt nur die Einrede des Mehrverkehrs aus, nicht aber anderweitige Nachweise, daß die Vaterschaft offenbar unmöglich ist.¹³²⁾ Durch die Anerkennung nach Art. 291 ff. tZGB erlangt das Kind eine Stellung, die fast der eines ehelichen gleichsteht, was die Staatsangehörigkeit (Art. 2c neues tStAG), den Namen (Art. 312 I tZGB), den Unterhalt (Art. 315 tZGB) und das Erbrecht (Art. 443 II tZGB) angeht.¹³³⁾ Das Kind wird nicht nur mit dem anerkennenden Vater, sondern auch mit dessen Verwandten verwandt.

Diese Anerkennung kann vor einem türkischen Konsulat erfolgen (das dabei als Notar tätig wird), wenn die Beteiligten türkische Staatsangehörigkeit besitzen, aber auch mittels öffentlicher Urkunde vor einer deutschen Behörde (zum Beispiel, vor einem Notar) innerhalb ihrer Zuständigkeit. In der Türkei wird das Letztere anerkannt, da auch nach türkischem IPR nur die Ortsform verlangt wird.¹³⁴⁾ Wichtig ist nur, daß die Anerkennung in einer öffentlichen Urkunde erfolgt. Darüber, wie die öffentliche Urkunde zustande kommt, entscheidet die *lex loci actus*. Die Anerkennung hat dann aber nicht die Folgen des § 1718 BGB, sondern die der Art. 291 ff. tZGB. Auch die sonstigen Voraussetzungen der Anerkennung werden vom maßgebenden türkischen Recht bestimmt. Nach SCHNITZER¹³⁵⁾ handelt es sich dagegen um eine Auslegungsfrage, so daß bloße Erklärung vor einem deutschen Notar im Zweifel nur im Sinne der minderen Verpflichtung gemäß deutschem Recht anzusehen ist. Dem kann nicht gefolgt werden. Das türkische Recht sieht auf alle Fälle nicht vor, daß der Vater in seiner Anerkennung außer der Abstammungsfrage noch weitere Angaben zu geben hat. Das ändert sich auch nicht, wenn er diese Erklärung anstatt vor dem türkischen Konsulat vor einem deutschen Notar abgibt. Es ist allein von Bedeutung, daß er sich in einer öffentlichen Urkunde als Vater des Kindes bezeichnet. An diese Erklärung knüpft das türkische Recht seine Folgen, und es kann von dieser Erklärung nicht mehr zurückgetreten werden. Die Mitteilung an das zuständige Standesamt erfolgt durch den Notar, das Gericht oder den Anerkennenden selbst (Art. 291 II tZGB i. V. m. Art. 518 tZGB); dies ist jedoch kein Gültigkeitserfordernis.¹³⁶⁾

132) Vgl. Palandt-Lauterbach, § 1718 Anm. 1; RGZ 135, 221.

133) Hinsichtlich des Erbrechts gegenüber dem Vater ist das anerkannte uneheliche Kind etwas schlechter gestellt als das eheliche, da es (oder seine Nachkommen) nach Art. 443 III tZGB nur halb so viel erhält wie ein eheliches Kind oder dessen Nachkommen, wenn es mit diesen zusammentrifft.

134) Vgl. Berki, a.a.O., S. 408; Seviğ, a.a.O., S. 496.

135) "Internationales Privatrecht", I, S. 474.

136) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 419.

Würde man wie SCHNITZER eine reine Auslegungsfrage annehmen und auch für einen türkischen Staatsangehörigen die Möglichkeit einräumen, ein Kind nur mit der Folge der Unterhaltspflicht anzuerkennen, so führte dies nur zu vermeidbaren Differenzen hinsichtlich der Auslegung, zu Gesetzesumgehungen und hinkenden Verhältnissen. Hinsichtlich der öffentlichen Beurkundung der Anerkennung gibt es zwischen beiden Anerkennungen keinen Unterschied, ob sie nun beim Konsulat oder bei einem deutschen Notar erfolgt, zumal die Anerkennungen, die bei einem deutschen Notar zustande kommen, ins Türkische übersetzt und beim türkischen Konsulat bestätigt werden.

Sind beide Eltern türkische Staatsangehörige, so bestehen gegen die Anwendung des türkischen Rechts für die Anerkennung keine Bedenken. Ist aber die Mutter deutsche Staatsangehörige (dann auch das Kind nach § 4 I RuStAG), der Vater aber Ausländer, so könnte die Beurteilung der sonstigen Rechtsbeziehungen des unehelichen Kindes zu seinem ausländischen Vater nach dem ausländischen Recht zu ungerechtfertigten Ergebnissen hinsichtlich der deutschen Mutter und des deutschen Kindes führen, so daß die analoge Anwendung des Art. 20 EGBGB¹³⁷⁾ nicht gerechtfertigt erscheint, wenn dies auch bei der Anwendung des türkischen Rechts letztlich unschädlich wäre, da das türkische Recht sowohl für die Mutter als auch für das Kind und nach seinem Tode für seine Nachkommen ein Einspruchsrecht einräumt, durch das die Anerkennung ohne weiteres beseitigt werden kann.

Fraglich ist nun, ob das deutsche Gericht nach erfolgtem Einspruch darüber entscheiden kann, ob die Anerkennung des türkischen Vaters doch gerechtfertigt ist, das heißt, ob er anerkennungsberechtigt und die Anerkennung für das Kind nicht nachteilig ist. Die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft ist dem deutschen Recht unbekannt (§§ 640 ff. ZPO). In dem Urteil wird aber in diesem Fall nur festgestellt, ob das Verhältnis besteht oder nicht.¹³⁸⁾ Problematisch ist daher, ob das deutsche Gericht auch prüfen kann, ob die Anerkennung für das Kind nachteilig ist oder nicht. Was die funktionelle Tätigkeit des Gerichts betrifft, handelt es sich hierbei um einen ähnlichen Fall wie bei der Prüfung, ob eine Adoption dem Wohl des Kindes entspricht.¹³⁹⁾ Die dort gegebene Begründung gilt auch für den hier behandelten Fall. Das deutsche Gericht kann daher die Berechtigung der

137) So die h. M.: siehe oben S. 148, Fußn. 100 und auch Soergel-Kegel, Art. 21 EG, RdNr. 17 und die dort in Fußn. 34 angegebene Literatur.

138) Vgl. SJSchP, § 644, Anm. V, 2.

139) Siehe oben S. 155 ff.

Anerkennung nachprüfen. Problematisch ist auch, ob ein deutscher Vater eines unehelichen Kindes einer türkischen Mutter dieses mit den Folgen des türkischen Rechts anerkennen kann.

Nach der heute herrschenden Meinung in Deutschland ist die Frage zu verneinen, da das Rechtsverhältnis zwischen dem unehelichen Kind und dem Vater, das nicht in der Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem Kind besteht, analog Art. 20 EGBGB nach dem Heimatrecht des Vaters, also nach deutschem Recht, beurteilt wird, und dieses eine Anerkennung mit Standesfolge nicht kennt. Die Anerkennung des deutschen Vaters bei einem deutschen Notar hat also keine Standesfolge.

Erkennt dagegen der deutsche Vater das uneheliche Kind einer türkischen Mutter in der Türkei an, so hat dies die Standesfolge, da diesmal nach dem türkischen IPR das Recht des Kindes, also das türkische Recht, die Folgen bestimmt.¹⁴⁰⁾

b) Wirkungen des Statutenwechsels des Vaters für das Vaterschaftsanerkennnis nach Art. 291 ff. tZGB

Das Statut für die Rechtsbeziehungen zwischen Vater und Kind ist wandelbar. Die Beziehungen zwischen Vater und Kind sind aber Dauertatbestände, die über den Zeitpunkt des Statutenwechsels hinaus andauern, und bei denen die Tatbestandsmerkmale zur Zeit des Statutenwechsels bereits vollständig gegeben sind.¹⁴¹⁾ Die nach der früheren Rechtsordnung bestehenden Rechtswirkungen können bei Statuswechsel vom Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Status an durch die Wirkungen des nunmehr zuständigen Rechts ersetzt werden.¹⁴²⁾

140) In der Schweiz wird auch das abgelehnt, da die Kindesanerkennung mit Standesfolge dem deutschen Recht unbekannt ist. Das wird damit begründet, daß die Anerkennung sonst zu hinkenden Verhältnissen führen würde, da sie dem deutschen Recht unbekannt und deshalb in Deutschland nicht anerkannt wird (vgl. Fisch, Die Anerkennung außerehelicher Kinder durch den Vater nach schweiz. Recht, StAZ 55, S. 255 ff.; Egger, Art. 303 RdNr. 6; Schnitzer, a. a. O., S. 474 ff.).

141) Vgl. Ferid, Der Neubürger im internationalen Privatrecht, 1949, Berlin-Tübingen, S. 26/27.

142) Sog. "uneigentliche" oder "übertragene, schwächere" Form der Rückwirkung, Ferid, a. a. O., S. 27.

aa) Der türkische Vater wird Deutscher

Für die Unterhaltsverpflichtungen des Vaters entscheidet nach wie vor das Statut der Mutter (Art. 21 EGBGB), da es unwandelbar ist.¹⁴³⁾

Für die sonstigen Wirkungen der Anerkennung ist zu unterscheiden:

- 1) Erkennt der Vater das Kind vor dem Statutenwechsel an, so bleibt der Name des Kindes unberührt;¹⁴⁴⁾ die Unterhaltspflicht des Kindes gegenüber dem Vater erlischt.¹⁴⁵⁾ War dem Vater nach Art. 312 S. 3 tZGB die elterliche Gewalt zugesprochen, so verliert er sie.¹⁴⁶⁾ Im Erbrecht ist zu unterscheiden: Das Kind wird, da es türkisch ist, nach dem türkischen Recht beerbt, das heißt, der Vater ist trotz Statutenwechsels nach Art. 443 tZGB erbberechtigt, während der Vater nach dem deutschen Recht beerbt wird. Danach ist das Kind nicht erbberechtigt.¹⁴⁷⁾
- 2) Erkennt der Vater das Kind nach dem Statutenwechsel an, so wirkt die Anerkennung nur noch gemäß § 1718 BGB.¹⁴⁸⁾ Hinkende Verhältnisse ergeben sich dabei, wenn der Vater seine türkische Staatsangehörigkeit weiter behält, da die Anerkennung nach diesem Status Standesfolge hat. Die Möglichkeit einer solchen Doppelstaatsangehörigkeit des Mannes ist jedoch nach Art. 25 a des neuen tStAG sehr selten geworden, da nach dieser Bestimmung die türkische Staatsangehörigkeit derartigen Personen entzogen wird, wenn sie ohne Erlaubnis über die Ausbürgerung aus der türkischen Staatsangehörigkeit eine andere Staatsangehörigkeit erworben haben.

143) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 21 RdNr. 24 und die dort in Fußn. 43 angegebene Literatur.

144) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 21 RdNr. 27; Staudinger-Raape, Art. 21 Bem. G IV 2a (als "wohlerworbenes Recht"); Frankenstein, IV, S. 91 (als abgeschlossener Tatbestand, der durch den Statutenwechsel nicht berührt wird).

145) War die Mutter zur Zeit der Geburt Deutsche, so ist das Unterhaltsstatut das deutsche Recht, war sie Türkin, so ist das Unterhaltsstatut ebenfalls das deutsche Recht, da hier ein renvoi erfolgt.

146) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 21, Anm. G IV 2 a; Wengler im Internat. FamR. Dtl.u.Fr., S. 326, argumentiert mit der intertemporalen Regelung des Art. 208 EGBGB.

147) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 21, Anm. G IV 2 a, soweit dies zu unbiligen Ergebnissen führt, wird man auch ein Erbrecht des Vaters verneinen müssen.

148) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 21 RdNr. 27; zum Teil anders bei Staudinger-Raape, a. a. O., Bem. G IV 2 a.

bb) Der deutsche Vater wird Türke

Für die Unterhaltspflicht ist weiterhin das Statut der Mutter maßgebend (Art. 21 EGBGB).

Für die sonstigen Beziehungen zwischen Vater und Kind ist zu unterscheiden.

- 1) Erkennt der Vater das Kind vor dem Statutenwechsel an, so ist fraglich, ob die vor dem Statutenwechsel erfolgte Anerkennung im Sinne des §§ 1718 BGB durch den Statutenwechsel von nun an ipso iure die Wirkungen der türkischen freiwilligen Anerkennung haben kann. Die Frage wird in der Literatur bejaht.¹⁴⁹⁾ Dies entspricht jedoch nicht dem Grundsatz der "uneigentlichen Rückwirkung",¹⁵⁰⁾ da eine derartige Berücksichtigung des Statutenwechsels beim Anerkennnis ex tunc-Wirkungen hätte. Bei Dauer- und nicht abgeschlossenen Tatbeständen können die nach der früheren Rechtsordnung bestehenden Rechtswirkungen nur vom Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Status an durch jene ersetzt werden, die das neu zuständige Recht vorsieht.¹⁵¹⁾ Außerdem besteht keine Notwendigkeit, die einmal eingetretenen Wirkungen des ersten Statuts durch den Statutenwechsel ipso iure zu ändern oder zu beseitigen. Die Anerkennung kann höchstens nach dem neuen Statut wiederholt werden, womit sie ihren freiwilligen Charakter behält. Die bloße Tatsache, daß ein Deutscher die türkische Staatsangehörigkeit erwirbt, genügt nicht, ihn mit den Verpflichtungen des türkischen Vaterschaftsanerkenntnisses zu belasten, die weit über jene des deutschen Rechts hinausgehen. Dies würde keine freiwillige, sondern eine zwangsweise Anerkennung darstellen. Es ist aber kein Türke verpflichtet, sein uneheliches Kind anzuerkennen.
- 2) Erkennt der Vater das Kind nach dem Statutenwechsel an, so übernimmt er, da er bereits Türke ist, durch diese Anerkennnis die Verpflichtungen und Rechte der freiwilligen Anerkennung des türkischen Rechts mit Standesfolge gemäß Art. 291 ff. tZGB. Fraglich ist hierbei, ob nun auch eine Zusprechung mit Standesfolge möglich ist, falls ihre Voraussetzungen vorliegen. Die gleiche Frage stellt sich auch für die Vaterschaftsklage überhaupt. Nach Art. 296 tZGB kann die Vaterschaftsklage vor oder nach der Niederkunft erhoben werden. Sie ist aber auf ein Jahr (regelmäßig

149) Vgl. Frankenstein, IV, S. 92; Soergel-Kegel, Art. 21 RdNr. 27.

150) Vgl. Jayme, a.a.O., S. 117.

151) Vgl. Ferid, Neubürger, S. 27.

nach der Geburt) befristet, Dies ist eine Ausschußfrist, nach deren Ablauf die Klage nicht mehr erhoben werden kann. Nach Ablauf dieser Jahresfrist kann die Klage nur unter besonderen Umständen zugelassen werden. Einmal, wenn der Beklagte durch sein Verhalten in der Klagepartei den Eindruck erweckt hatte, eine Klage sei überflüssig, und so selber die Versäumnis der Frist herbeiführte.¹⁵²⁾ Eine weitere Ausnahme von der Jahresfrist wird gemacht, wenn der Beistand nicht mit oder vor der Geburt bestellt worden ist. In diesem Fall beginnt die Frist im Zeitpunkt der Bestellung des Beistandes.¹⁵³⁾ Erwirbt der Vater die türkische Staatsangehörigkeit erst nach der Geburt, so ist fraglich, ob die Frist des Art. 296 tZGB erst jetzt zu laufen beginnt, oder ob sie nach dem Wortlaut des Gesetzes ein Jahr nach der Geburt des Kindes abgelaufen ist. Hier muß die Vaterschaftsklage, die gegen den Vater mit dem Statutenwechsel erstmals möglich ist, zugelassen werden. Andernfalls würde das neue Statut (das türkische Recht) rückwirkend mit seiner Ausschußfrist auf einen Sachverhalt angewandt, der bereits unter der Herrschaft des alten Statuts abgeschlossen war oder zumindest begonnen hatte. Eine derartige Rückwirkung ist aber mit den oben dargelegten Gründen abzulehnen.¹⁵⁴⁾

c) Die Vaterschaftsklage (Art. 295 ff. tZGB)

Eine weitere Möglichkeit der Entstehung der Rechtsbeziehungen zwischen dem unehelichen Kind und dem Vater bietet im türkischen Recht die Vaterschaftsklage. Mit ihr kann Dreifaches begehrt werden:

Vermögensleistungen an die Mutter

Vermögensleistungen an das Kind und

die Zusprechung des Kindes mit Standesfolge (Standes- oder Statusklage).

152) Vgl. Tem. HGK 13.3.1946, E 2119/K 22 (Tem. Kar. 1946, 138); ebenso Egger, Art. 2, RdNr. 36 und Art. 308, RdNr. 8.

153) Vgl. Tem. E 5/K 8 v. 2.5.1960 (Res. Gaz. 5.8.1960 Nr. 10570).

154) Dieser spätere Beginn der Jahresfrist bei Statuswechsel ist nicht die einzige Ausnahme vom Wortlaut des Gesetzes. Neben den oben (Fußn. 152 und 153) genannten Fällen vgl. BGE 46 II 93 (Hemmung der Frist bei formnichtiger Anerkennung).

Vermögensleistungen an die Mutter können für sich allein oder in Verbindung mit den beiden weiteren Ansprüchen gestellt werden. Die letzteren beiden Möglichkeiten schließen sich dagegen gegenseitig aus, da der Vater dem Kind vollen Unterhalt bereits kraft Elternpflicht zu gewähren hat, wenn es ihm mit Standesfolge zugesprochen wird.

aa) Voraussetzungen für die Klage und ihren Erfolg

Die Vaterschaftsklage kann sowohl von der Mutter als auch vom Kind gegen den vermutlichen Vater oder seine Erben erhoben werden (Art. 295 tZGB).

Ist die Mutter während der Empfängniszeit verheiratet, so kann die Klage erst dann erhoben werden, wenn durch den Richter festgestellt worden ist, daß das Kind unehelich ist.¹⁵⁵⁾ War dagegen der Vater des unehelichen Kindes während dessen Erzeugung verheiratet, so kann die Vaterschaft nicht mit Standesfolge zugesprochen werden (Art. 310 II tZGB). Alimentationsklage ist aber möglich. Die Klage kann vor oder nach der Geburt des Kindes erhoben werden, jedenfalls vor Ablauf eines Jahres seit der Geburt (Art. 296 tZGB).¹⁵⁶⁾

Der Kläger hat nachzuweisen, daß der Vater positiv während der Empfängniszeit der Mutter beigewohnt hat (Art. 301 I tZGB), und negativ, daß die Mutter während der Empfängniszeit nicht einem anderen Mann beigewohnt hat (Art. 301 II tZGB). Daran knüpft sich die gesetzliche Vermutung der außerehelichen Vaterschaft. Diese Vermutung kann damit entkräftet werden, daß der Beklagte

- 1) behauptet und beweist, daß seine Vaterschaft trotz der stattgefundenen Beiwohnung ausgeschlossen ist (Art 243 tZGB),
- 2) Tatsachen beweist, die erhebliche Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten rechtfertigen (Art. 301 II tZGB); zum Beispiel Umgang der Frau mit anderen Männern während der Konzeptionsfrist,
- 3) Tatsachen beweist, die einen unzüchtigen Lebenswandel der Mutter während der Empfängniszeit ergeben (Art. 302 tZGB).

bb) Die verschiedenen Arten der Vaterschaftsklage und ihre Anwendung in Deutschland

- (1.) Die Vaterschaftsklage auf Verurteilung des Vaters zu Vermögensleistungen an die Mutter (Art. 304, 305 tZGB)

155) Vgl. Tem. 2. HD. 27.10.1951 E 6866/K 6934 (Saymen-Erman-Elbir, Külliyyat, Bd. IV No: 1804)

156) Vgl. zu den Ausnahmen Fußn. 152 und 153.

Durch diese Klage kann die Mutter ihre Schadensersatzansprüche (etwa Entbindungskosten, Unterhalt während jeweils mindestens vier Wochen vor und nach der Geburt und andere, infolge der Schwangerschaft oder Entbindung, notwendig gewordene Auslagen - Art. 304 tZGB) und ihre Genugtuungsansprüche, falls deren Voraussetzungen vorliegen, gegen den Vater geltend machen (etwa, wenn sie bei der Beiwohnung noch nicht mündig war oder wenn der Vater ihr vor der Beiwohnung die Ehe versprochen hatte; außerdem, wenn sich der Vater mit der Beiwohnung eines Verbrechens an ihr schuldig gemacht oder die ihm über sie zustehende Gewalt mißbraucht hat - Art. 305 tZGB).

Diese Ansprüche der Mutter entsprechen grundsätzlich denen des deutschen Rechts aus §§ 1715, 823 BGB (beziehungsweise im Falle des Verlöbnißbruchs § 1300 BGB). Das türkische Recht ist jedoch für die Mutter günstiger als das deutsche. Nach der herrschenden Meinung gilt die Begrenzung der Pflichten des unehelichen Vaters durch das deutsche Recht in Art. 21 EGBGB 2. Halbsatz wie bei Art. 12 EGBGB nur für deutsche uneheliche Väter,¹⁵⁷⁾ nicht aber auch zugunsten ausländischer unehelicher Väter. Problematisch ist nur, ob auch der Genugtuungsanspruch gemäß Art. 305 tZGB unter die Ansprüche fällt, auf die sich die Einschränkung des Art. 21 EGBGB bezieht. Ansprüche, die zwar inhaltlich dem deutschen Recht entsprechen, aber als Grund eine Verführung oder einen sonstigen Tatbestand voraussetzen, die das deutsche Recht nicht kennt, werden nach herrschender Meinung nicht vom Art. 21 EGBGB erfaßt, sondern unterliegen dem allgemeinen Deliktsstatut, das heißt, der *lex loci actus* (Art. 12 EGBGB).¹⁵⁸⁾ Abgesehen von den Fällen der §§ 823, 825, 847 II BGB kennt das deutsche Recht aber auch keinen deliktischen Anspruch, der aus der bloßen außerehelichen Beiwohnung entsteht. Sowohl als deliktischen als auch als familienrechtlichen Anspruch kann daher der Genugtuungsanspruch gegen einen deutschen Vater nicht geltend gemacht werden.¹⁵⁹⁾ Außerdem erscheint die Qualifizierung des Genugtuungsanspruchs nach dem Deliktsstatut angreifbar. Von den vier Fällen des Art. 305 tZGB (Eheversprechen, Beiwohnung als Verbrechen,

157) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 21 RdNr. 7-9 und die dort in Fußn. 11 angegebene Literatur für die herrschende und entgegenstehende Meinung; vgl. auch die Erörterungen bei Neuhaus, Die Verpflichtungen des unehelichen Vaters im deutschen IPR, Stuttgart und Köln 1953, S. 23 ff.

158) Vgl. Neuhaus, a.a.O., S. 18 und Fußn. 38 ebd.

159) Vgl. Habicht, a.a.O., S. 164.

Bei Ausländern ist dies dagegen möglich; vgl. Soergel-Kegel, Art. 21 RdNr. 8 und Fußn. 12.

Gewaltmißbrauch und Beiwohnung mit einer Unmündigen) ist der erste familienrechtlich, die drei anderen dagegen deliktisch zu qualifizieren.¹⁶⁰⁾ Deshalb sind sie aber noch nicht ohne weiteres dem Deliktsstatut zu unterstellen. Im deutschen Recht wird zwar ebenfalls dem Unterhaltsanspruch gegen den unehelichen Vater deliktische Natur zugemessen, in Art. 21 EGBGB wird er aber trotzdem dem Personalstatut der Mutter unterstellt. Aus den gleichen Erwägungen ist auch hinsichtlich des Genugtuungsanspruches gemäß Art. 305 tZGB das Personalstatut, nicht aber das Deliktsstatut maßgebend.¹⁶¹⁾ Außerdem könnte sich bei Maßgeblichkeit des Deliktsstatuts ein negativer Konflikt ergeben, wenn das Personalstatut keine familienrechtlichen und das Deliktsstatut keine deliktischen Ansprüche kennt.¹⁶²⁾

(2.) Die Vaterschaftsklage auf Verurteilung des Vaters zu Vermögensleistungen an das Kind (Art. 306-307 tZGB)

Auch das Kind kann durch diese Klage seine Unterhaltsansprüche gegen den Vater geltend machen. Es wird dabei vom Vormund, Beistand oder von der Mutter vertreten (Art. 298 tZGB).¹⁶³⁾ Maßgebend ist hierbei nicht nur die Lebensstellung der Mutter wie im deutschen Recht (§ 1708 Abs. I BGB), sondern auch die des Vaters (Art. 306 I tZGB). Der Unterhalt ist bis zum vollendeten 18. Lebensjahr des Kindes zu entrichten, und zwar ist er nicht monatlich wie im deutschen Recht (§ 1710 S. 1 BGB), sondern für bestimmte Zeiträume vor auszuzahlen, die der Richter festsetzt (Art. 306 III tZGB). Im übrigen entsprechen sich die Bestimmungen. Die Vaterschaftsklage des Art. 306 tZGB hat keine Wirkung auf den Stand des Kindes. Ein Unterhalts- (oder Unterstützungs-)anspruch gegen Angehörige des Vaters besteht nicht. Wohl aber richtet sich der Unterhaltsanspruch des Kindes auch gegen die Erben des Vaters (Art. 309 I tZGB). Jedoch haben diese dem Kinde nicht mehr zu entrichten, als es im Falle der Anerkennung als Erbe zu beanspruchen hätte (Art. 309 II tZGB).

Auch hinsichtlich der Unterhaltsansprüche des Kindes ist das türkische Recht also günstiger als das deutsche. Es gilt daher wieder das für die Mutter Gesagte. Die Beschränkung des Art. 21 2. Halbsatz EGBGB gilt nur für die deutschen unehelichen Kinder.

160) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 21 Anm. F III 3 b.

161) So auch Soergel-Kegel, Art. 21 RdNr. 34; a. M.: Palandt-Lauterbach, Art. 21 Anm. 3 b; Staudinger-Raape, Art. 21 Anm. F III 3 b.

162) Vgl. Neuhaus, a. a. O., S. 18 und Fußn. 12; ders., ZAIP 16 (1951), 655; Rabel, Das Problem der Qualifikation, ZAIP 5, 241 ff./266.

163) Vgl. oben S. 151 ff.

(3.) Die Vaterschaftsklage auf Zusprechung mit Standesfolge
(Art. 310 tZGB)

A) Das materielle türkische Recht

Liegt neben den allgemeinen Voraussetzungen der Vaterschaftsklage eine besondere, seitens des Schwängerers auf die Mutter ausgeübte Beeinflussung vor, unter der sie die Beiwohnung gestattete,¹⁶⁴⁾ so kann das Kind auf seinen Antrag hin mit Standesfolge dem Beklagten zugesprochen werden (Art. 310 I tZGB). Gegenüber einem Ehemanne ist dies jedoch ausgeschlossen, wenn er zur Zeit der Beiwohnung schon verheiratet war (Art. 310 II tZGB). Eine diesen Rechtsschutz der Mutter rechtfertigende Beeinflussung sieht das Gesetz (Art. 310 I tZGB) in folgenden Fällen:

- 1) Bei einem Eheversprechen des außerehelichen Vaters an die Mutter (sog. Brautkind).¹⁶⁵⁾ Das Eheversprechen muß vor der Schwangerschaft gemacht worden sein.¹⁶⁶⁾
- 2) Wenn sich der Schwängerer mit der Beiwohnung eines Verbrechens an der Mutter schuldig gemacht hat.¹⁶⁷⁾
- 3) Bei Mißbrauch der Gewalt, die dem Schwängerer über die Mutter des Kindes zustand, etwa aufgrund eines Dienst- oder Angestelltenverhältnisses, oder zwischen Lehrer und der Schülerin etc.

Wie die freiwillige Anerkennung hat auch die Zusprechung Standesfolge zur Folge, so daß das Kind zum Vater in persönlich-familienrechtliche Beziehungen tritt, das heißt also, es bekommt dessen Namen und Staatsangehörigkeit, es entsteht ein gegenseitiges Erbrecht zwischen dem Kind, dem Vater und der väterlichen Verwandtschaft (Art. 443 II tZGB) etc.

Klageberechtigt sind sowohl die Mutter als auch das Kind. Im letzteren Falle wird die Klage im Namen des Kindes von einem Beistand erhoben, der nach Art. 298 tZGB vom Vormundschaftsgericht zu bestellen ist.¹⁶⁸⁾

164) Vgl. BGE 44 II 20.

165) Anders wie bei der Verlobung braucht hier das Eheversprechen von der Frau nicht angenommen zu werden (Tem. 2. HD. 25.9.1951, E 4774/K 6022, Saymen-Erman-Elbir, Külliyyat, C. 5, Nr. 58).

166) Vgl. Tem. 2. HD. 8.5.1939 E 1157/K 1557 (Olgaç, a.a.O., C. 1 m. 310, Nr. 1349); Velidedeoglu, a.a.O., C. II, § 58, S. 336; Saymen, a.a.O., S. 456.

167) Z.B. Entführung, Notzucht, Vergewaltigung etc.

168) Vgl. über diese Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts oben S. 151 ff

B) Die Anwendung des Art. 310 tZGB in Deutschland

Die Zuspriechung mit Standesfolge und die freiwillige Anerkennung nach Art. 291 tZGB sind die Institutionen des türkischen Rechts, die diesem neben seinem zum Abstammungssystem neigenden Charakter auch typische Züge des Anerkennungssystems verleihen. Beide Institutionen sind dem deutschen Recht unbekannt, das dem reinen Abstammungssystem folgt. Die Anwendung der Bestimmungen über die freiwillige Anerkennung gemäß Art. 291 ff. tZGB wurde bereits dargestellt¹⁶⁹⁾ und bejaht, daß die freiwillige Anerkennung eines türkischen unehelichen Vaters auch in Deutschland die Standesfolge haben kann. Dies erforderte allerdings keine Tätigkeit des deutschen Gerichts, da sich die Standesfolge automatisch mit der Anerkennung in einer öffentlichen Urkunde ergibt.

Die Zuspriechung mit Standesfolge erfordert dagegen eine aktive Tätigkeit des Gerichts. Ob dies ein deutsches Gericht aussprechen kann, ist fraglich. Die Klage auf Zuspriechung mit Standesfolge ist eine Statusklage,¹⁷⁰⁾ und das Urteil ist ein Statusurteil mit allgemein verbindlicher Wirkung.¹⁷¹⁾ Die Klage ist außerdem eine Gestaltungsklage, und durch das Urteil wird für das uneheliche Kind eine neue, fast eheliche Rechtsstellung geschaffen. Sogar die Staatsangehörigkeit des Kindes hängt von diesem Urteil ab (Art. 2 b neues tStAG).¹⁷²⁾ Die Klage auf Zuspriechung mit Standesfolge findet kein Äquivalent im deutschen Recht, während die bloße Vaterschaftsklage (gemäß Art. 295 i. V. m. Art. 306 tZGB) als Leistungsklage auch in Deutschland zulässig ist. Auch als Klage ähnlich den Statusklagen des deutschen Rechts (§§ 640 ff. ZPO) kann die Klage nicht zugelassen werden, da es sich bei jenen (§§ 640 ZPO) zwar um Statusklagen, jedoch um solche handelt, die ausschließlich die Feststellung des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstand haben. Dies gilt auch für die Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft (§ 644 ZPO), da auch diese eine Feststellungsklage ist und der Zuspriechung mit Standesfolge (eine Gestaltungsklage) nicht entspricht.

C) Anerkennung deutscher Urteile in der Türkei

Nach der derzeit herrschenden Meinung in der Türkei werden die Statusurteile ausländischer Gerichte, die einen türkischen Staatsangehörigen betreffen,

169) Vgl. oben S. 154 ff

170) Vgl. BGE 42 II 332.

171) Vgl. Ferid, StAZ 1953, 50 ff./52.

172) Vgl. Schnitzer, a. a. O., S. 475.

nicht anerkannt, da Art. 18 tZPO die türkischen Gerichte für ausschließlich zuständig erklärt, und Art. 540 Nr. 4 tZPO die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile ausschließt.¹⁷³⁾

Auch hier ist jedoch der Standpunkt der herrschenden Lehre nicht zu billigen. Auch wenn in Art. 18 tZPO eine ausschließliche Zuständigkeit der türkischen Gerichte beansprucht wäre, müßte dies durch die Bestimmung des Art. 300 tZGB eingeschränkt werden. Das ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut. Nach Art. 25 tZPO, der ebenfalls zu den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes gehört, bleiben die Bestimmungen der Verfassung, des tZGB, sonstiger Gesetze und der Staatsverträge über die Zuständigkeit unberührt. Art. 300 tZGB bestimmt als spezielle Zuständigkeitsvorschrift für Vaterschaftsklagen, daß diese auch beim Richter des Aufenthaltsortes des Beklagten erhoben werden, wenn sowohl Mutter und Kind als auch der türkische Beklagte ihren Wohnsitz im Ausland haben. Die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts ist also ganz offensichtlich primär vorgesehen.¹⁷⁴⁾

D) Anerkennung türkischer Urteile in Deutschland

Abgesehen von der Unterhaltspflicht beurteilt sich das Rechtsverhältnis zwischen Vater und Kind im türkischen IPR nach dem Heimatrecht des Kindes.¹⁷⁵⁾ Das uneheliche Kind einer Türkin erwirbt mit der Geburt die türkische Staatsangehörigkeit (Art. 1 c neues tStAG). Somit ist die Vaterschaftsklage auf Zuspprechung mit Standesfolge gegen einen unehelichen deutschen Vater in der Türkei nach dem türkischen Recht zu beurteilen, wenn die Mutter türkische Staatsangehörige ist.¹⁷⁶⁾ Solche Urteile können jedoch in Deutschland nicht anerkannt werden, da sie dem Zweck deutscher Gesetze widersprechen (§ 328 I Nr. 4 ZPO).¹⁷⁷⁾ Auf das Erfordernis der Gegenseitigkeit (§ 328 Abs. I Nr. 5, Abs. II ZPO), die ebenfalls zur Zeit nicht gegeben ist, kommt es nicht mehr an.

Ist das Urteil gegen einen türkischen unehelichen Vater ergangen, so steht der Anerkennung in Deutschland nichts im Wege.

173) Vgl. Berki, a.a.O., S. 524; Sevig, a.a.O., S. 455; siehe auch oben S. 109 ff.

174) Gegen die h. M. deshalb auch Belgesay, M.R., Devletler Hususi Hukukunda Adliye, S. 103; Karafakih, a.a.O., S. 61.

175) Vgl. oben S. 148 ff.

176) Anders in der Schweiz: vgl. Ferid, Beischreibung der unehelichen Vaterschaft nach § 30 PStG auf Grund ausländischer Urteile, StAZ 1953, 50 ff./53.

177) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 21 RdNr. 45 und die dort in Fußn. 5 angegebene Literatur.

IV. Eintragungen ins Geburtenbuch in Deutschland

1. Die Eintragung aufgrund der Anerkennung des Art. 291 tZGB

Durch die Anerkennung mit Standesfolge (Art. 291 ff. tZGB) erhält das Kind die gleiche Rechtsstellung wie das eheliche. Wie oben dargestellt, werden die Voraussetzungen und Folgen der Anerkennung nach herrschender Meinung vom Heimatrecht des Anerkennenden bestimmt. Hinsichtlich der Eintragung solcher Anerkennnisse in Deutschland kommen die §§ 29, 30 PStG in Betracht. § 29 berücksichtigt jedoch nur das deutsche Vaterschaftsanerkennnis, das weder Stand noch den Namen des Kindes beeinflusst. Die Vorschrift könnte allenfalls für die Anerkennungen der durch Ehebruch oder Blutschande erzeugten Kinder in Betracht kommen, da diese Kinder nicht mit Standesfolge anerkannt werden können (Art. 292 tZGB).¹⁷⁸⁾ Nach der zur Zeit herrschenden Meinung verstößt eine solche Anerkennung aber gegen den türkischen *ordre public*.¹⁷⁹⁾ Eine Anerkennung solcher Kinder im Ausland durch einen türkischen Staatsangehörigen wird daher in der Türkei nicht anerkannt. Eine Anerkennung durch den unehelichen Vater ohne Standesfolge ist dem türkischen Recht unbekannt und kann nicht eingetragen werden. Ein Verstoß gegen den deutschen *ordre public* ist hierbei nicht anzunehmen.¹⁸⁰⁾ Dies wäre erst dann anzunehmen, wenn diesen Kindern auch sonst keinerlei Ansprüche zustehen würden.¹⁸¹⁾ Im deutsch-türkischen Verhältnis ist dies jedoch nicht der Fall, da wegen des gemischten Systems des türkischen Rechts durch die Vaterschaftsklage auf Vermögensleistungen die Unterhaltsansprüche des Kindes geltend gemacht werden können, auch wenn die Anerkennung nicht möglich ist (Art. 295 ff. tZGB). Die Eintragung einer derartigen Anerkennung kommt also nur in Betracht, wenn die Mutter Deutsche ist, und daher das Anerkenntnis nach Art. 21 EGBGB 1. Halbs., § 1718 BGB die Einrede des Mehrverkehrs ausschließt.¹⁸²⁾ Auch in diesen Fällen hat die Eintra-

178) Vgl. Peters, a.a.O., S. 119 ff.; Soergel-Kegel, Art. 21 RdNr. 38: "... wenn die Mutter Deutsche ist, und daher das Anerkenntnis nach Art. 21 1. Halbs., § 1718 BGB die Einrede des Mehrverkehrs ausschließt".

179) Vgl. Berki, a.a.O., S. 407.

180) Vgl. OLG Frankfurt, v. 28.2.1956, StAZ 1956, 241; Klein, FamRZ 1957, 8; a.A.: Peters, a.a.O., S. 122 ff.

181) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 21 RdNr. 58 und die dort in Fußn. 18 angegebene Literatur.

182) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 21 RdNr. 38 und die dort in Fußn. 69 angegebene Literatur.

gung Wirkungen lediglich nach deutschem Recht.¹⁸³⁾

Da die Standesfolge der Anerkennung des türkischen Rechts aber zugleich den Personenstand und den Namen des Kindes ändert, ist die bei § 29 PStG zweifelhafte Eintragung ins Geburtenbuch jedenfalls gemäß § 30 PStG möglich.¹⁸⁴⁾

2. Die Eintragung aufgrund eines Urteils über die Zusprenchung mit Standesfolge

Das Urteil über die Zusprenchung mit Standesfolge ist ein Statusurteil mit allgemein bindender Wirkung¹⁸⁵⁾ und verschafft dem Kind die Rechte eines ehelichen Kindes (Art. 312 I tZGB), die Staatsangehörigkeit (Art. 2 b neues tStAG) und den Namen des Vaters (Art. 25 tZGB). Diese allgemein bindende Wirkung des Urteils in Deutschland beziehungsweise die Eintragung im Sinne des § 30 PStG ins deutsche Register hängt davon ab, ob das Urteil in Deutschland anerkannt wird.

Die Anerkennung türkischer Urteile hinsichtlich der Zusprenchung mit Standesfolge wurde bereits erörtert (vgl. oben S. 166). Danach ist eine Anerkennung und damit auch eine Eintragung (nach § 30 PStG) nur dann möglich, wenn sich das Urteil nicht gegen einen deutschen Staatsangehörigen¹⁸⁶⁾ richtet.¹⁸⁷⁾

183) Vgl. AG Marburg/Lahn, v. 8.1.1953, StAZ 1953, 177 m. Anm. von Beitzke: "Da sich die Unterhaltsansprüche des unehelichen Kindes gegen den Vater nach dem deutschen Recht richten, und das Anerkenntnis hier zufolge § 1718 BGB die Einwendung des Mehrverkehrs ausschließt..."; OLG Frankfurt, StAZ 1953, 253. Beitzke stimmt dem Beschluß AG Marburg/L. in seiner Anmerkung im Ergebnis zu, stellt sich jedoch auf den Standpunkt, daß nach § 29 PStG das Vaterschaftsanerkenntnis schlechthin einzutragen sei, ohne Rücksicht auf seine Wirkungen. Sogar wenn zwei Vaterschaftsanerkenntnisse vorliegen, seien beide einzutragen. Das Register halte lediglich fest, daß ein Anerkenntnis erfolgt ist.

184) Vgl. Peters, a. a. O., S. 118/119; Staudinger-Raape, Art. 21 Anm. E III 2 a; Soergel-Kegel, Art. 21 RdNr. 38.

185) Vgl. Riezler, IZPR, S. 475.

186) Bestritten bei einem volksdeutschen Vertriebenen; bejahend Ferid, StAZ 1953, 50 ff./53 Fußn. 32.

187) So auch Ferid, StAZ 1953, 50 ff./53.

Siebter Teil UNTERHALTSPFLICHT ZWISCHEN GESCHWISTERN

I. Maßgebendes Recht

1. Das deutsche IPR

Im EGBGB ist übergangen, nach welchem Statut die Unterhaltsbeziehungen zwischen Geschwistern zu beurteilen ist. Die herrschende Lehre hält für diese Beziehungen das Heimatrecht des Verpflichteten für maßgebend.¹⁾

2. Das türkische IPR

Im türkischen IPR ist die Anknüpfung bestritten. Nach der überwiegenden Meinung²⁾ beurteilt sich die Unterhaltspflicht nach der lex fori, falls die Beteiligten verschiedener Staatsangehörigkeit sind. Bei gemeinsamer Staatsangehörigkeit sind die Gesetze dieses Staates maßgebend.

3. Die Vorfragen

Die Frage, ob eine Verwandtschaft in Form der Geschwisterschaft vorliegt, unterliegt als Vorfrage dem jeweiligen Verwandtschaftsstatut, das heißt also, dem nach den Art. 19-22 EGBGB ermittelten Recht.³⁾

II. Das materielle türkische Recht und die Probleme seiner Anwendung in Deutschland

1. Das materielle türkische Recht

- 1) Vgl. Frankenstein, IPR, Bd. IV, S. 209; Raape, IPR, S. 402; Kegel, IPR, S. 344; Zweigert, in: Intern.FamR. Dtl.u.Fr., S. 452 Fußn. 57.
- 2) Vgl. Berki, a.a.O., S. 424; Tem. 2. HD. 25.1.1952, Nr. 6366; Tem. 2. HD. 18.11.1939 Nr. 3689 (Berki-Ergüney, a.a.O., S. 46-53); a.M.: Seviğ, a.a.O., S. 504, der sich für das Heimatrecht des Unterhaltsberechtigten entscheidet.
- 3) Vgl. Zweigert, a.a.O., S. 453 und die dort in Fußn. 60 angegebene Literatur; Kegel, IPR, S. 344.

Über das BGB hinaus kennt das türkische Recht neben der Unterhaltspflicht zwischen Verwandten in gerader Linie auch eine solche zwischen Geschwistern (Art. 315 tZGB).⁴⁾ Diese Pflicht ist nach Art. 315 tZGB nicht eine sittliche, sondern eine rechtliche, auch wenn sie an besondere Voraussetzungen geknüpft ist. Die Geschwister sollen in günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen leben, so daß die Unterhaltspflicht ihre gewöhnliche Lebensstellung nicht beeinträchtigt (Art. 316 II tZGB).⁵⁾ Die Pflicht besteht auch unter halbbürtigen Geschwistern.⁶⁾

2. Das Problem der Anwendung in Deutschland

Probleme tauchen bei der Unterhaltspflicht unter Geschwistern insbesondere auf, wenn die Beteiligten verschiedener (deutscher oder türkischer) Staatsangehörigkeit sind. Nach der herrschenden deutschen Lehre würden die türkischen Geschwister einander unterhaltspflichtig sein, nicht aber die deutschen.

Der Billigkeit entspricht dieses Ergebnis nicht. Zweigert⁷⁾ schlägt deshalb vor, das Personalstatut der Person entscheiden zu lassen, die die Beziehung vermittelt. Dies wäre bei Geschwistern das Personalstatut der gemeinsamen Eltern und bei Halbgeschwistern das des gemeinsamen Elternteils. Somit ist zwar durch einen komplizierten Weg für die Beziehungen ein einheitliches Statut erreicht, jedoch nicht immer die Billigkeit. Ist die Verbindungsperson Türke, so sind beide Teile zum Unterhalt verpflichtet; ist sie aber Deutscher, so besteht keine Verpflichtung. Warum sollte dieser Zufall entscheidend sein? Bei Statutenwechsel dieser Drittperson wird außerdem die Pflicht jedesmal in einer anderen Weise erscheinen.

Billigenswerter wäre es, die beiden Statuten zu kummulieren und dabei dem schwächeren Recht den Vorzug zu geben.⁸⁾ Es müßte ausschlaggebend sein,

-
- 4) Ähnliche Gedanken finden sich im deutschen Recht nur in § 12 VI HofeO f. brit. Zone v. 24.4.1947 (früher § 30 REG) und § 1649 II BGB.
- 5) Vgl. Tem. 2. HD. 7.9.1950 E 5641/K 3823 (Saymen-Erman-Elbir, Külliyyat, C. 3 Nr. 131); Doğanay, a.a.O., S. 49.
- 6) Vgl. Saymen, a.a.O., S. 470; Egger, Art. 328 RdNr. 22 und 37.
- 7) Vgl. Zweigert, a.a.O., S. 454.
- 8) So auch die bei Lewald, IPR, S. 136 zitierte Entscheidung des OLG Stuttgart v. 20.6.1911, Württ. Zschr. f. Rechtspf. und Verwaltung, Bd. IV, S. 291.

daß ein Deutscher nicht für seine türkischen Halbgeschwister zum Unterhalt gezwungen werden soll, wenn er nicht einmal für seine deutschen Vollgeschwister dazu verpflichtet ist.

Diese weitergehenden Ansprüche des türkischen Rechts nach Art. 315 tZGB verstoßen jedoch nicht gegen den deutschen ordre public.⁹⁾

Anders in der Türkei, da nach dem türkischen IPR jede ausländische Bestimmung, die eine gleich ausgedehnte Unterhaltspflicht unter Verwandten nicht kennt, als gegen den ordre public verstoßend durch die inländischen Vorschriften ersetzt wird.¹⁰⁾

9) Vgl. Zweigert, a.a.O., S. 356.

10) Vgl. Yarg. 2. HD. 2937, 3082; 480, 3689; 1654, 2719; 7557, 6366 (Berki-Ergüney, S. 47-49); Seviğ, a.a.O., S. 504; Yörük, A.K., Nafaka mükellefiyeti bakımından kanunlar ihtilafi, Ist.Bar.Mec. 1938, C. 12, Sy. 12; so auch die Bestrebungen in den romanischen Ländern, vgl. Frankenstein, Bd. IV, S. 211.

LITERATURVERZEICHNIS

I. Bücher und Kommentare:

- ABRENZ, Emil Die ordentliche Vertretung der ehelichen Gemeinschaft durch die Ehefrau, Bern 1920
- AKSOY, Muammer Kötü durumlu evlilik dışı çocuklar, Ankara 1942
- ALTISHOFEN, Franz Die Wirkungen der Ehetrennung nach dem ZGB, Luzern 1949
- ANSAY, Sabri Sakir İcra ve İflas Usulleri, 5. Aufl., Ankara 1960
- Hukuk Yargilama Usulleri, 7. Aufl., Ankara 1960
- ARIÇ Yargıtay içtihatlarına göre haşiyeli ticaret kanunu, İstanbul 1946
- ARSEBÜK, Esat Medeni Hukuk, 2 Bde., Ankara 1940
- ATAAY Aytekin Medeni Hukukta Evlat Edinme, İstanbul 1955
- BAUMBACH-LAUTERBACH Zivilprozeßordnung (Kommentar), 27. Aufl., München und Berlin 1963
- BÄCHTIGER, Franz Die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe nach canonischem Recht mit Berücksichtigung des ZGB, Freiburg 1931
- BEITZKE, Günther Familienrecht, 12. Aufl., München und Berlin 1964
- BELGESAY, Mustafa Devletler Hususi Hukukunda Adliye, İstanbul 1938
- Türk Kanunu Medenisi Serhi (Kommentar, II. Bd., Aile Hukuku, 3. Aufl., İstanbul 1952
- BERGMANN, Alexander Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Bd. I-VI, erscheint laufend seit 1952 (Bd. I 1938 2. Aufl.; Bd. II 1940 2. Aufl.), Frankfurt/M.
- BERNER KOMMENTAR Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. I 1, Einleitung in den Bearbeitungen von Meier-Hayoz, Merz, Jäggi, Bern 1962, Bd. II 1-2, Das Familienrecht, in den Bearbeitungen von Götz, Lemp und Hegnauer, Bern 1954-1962

- BERKI, Osman Fazil Devletler Hususi Hukuku, 3. Aufl., Ankara 1959
- BERKI, Osman Fazil - Kanun İhtilafları, Ankara 1954
ERGÜNEY, Hilmi
- BERKI, Sabri Sakir Tatbiki Devletler Hususi Hukuku, Ankara 1949/50
- Türk Hukukunda Evlenmenin Asli Sartlarından Dogan
Kanun İhtilafları, Ankara 1953
- BLUMENSTEIN, Ernst Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungs-
rechtes, Bern 1911
- BRAUNSCHWEIG, Roger Die Schlüsselgewalt nach schweizerischem Recht,
Zürich 1946
- BÜLOW - Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handels-
ARNOLD sachen, München und Berlin 1960
- CELIKEL, Aysel Ahkam-i Sahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme
Kararlarının Tanınması, İstanbul 1963
- CURTI, E. Forrer Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen,
Zürich 1911
- DIENER, Emil Das Ermessen, Zürich 1920
- DÖNMEZER, Sulhi Ceza Hukuku, Hususi Kisim, 2. Aufl., İstanbul
1953
- DÖLLE, Hans Familienrecht, Darstellung des deutschen Familien-
rechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bd. I
in den Bearbeitungen von Wolf, Schuster, Luther,
Schönfeld und Glässing, Karlsruhe 1964
- DÜVEL, Carl Das Verlöbniß im deutschen IPR, Göttingen 1939
- EGGER, A. Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. I Ein-
leitung und Personenrecht, 1930, Bd. II Familien-
recht, 1936, 1943, 1948 Zürich
- EHRENZWEIG, Armin Privatrecht (System des öster. allgemeinen Privat-
recht), 2. Aufl., Wien 1937
- ENDEMANN Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Berlin
1908

- ENNECCERUS -
KIPP -
WOLFF
- Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, IV. Bd. Familienrecht, 7. Aufl. 1931
- ERMAN, Walter
- Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, EGBGB Art. 7-31 (IPR), bearb. von Arndt und Marquardt, 3. Aufl. 1962
Gleichberechtigungsgesetz, Nebenband zum BGB-Kommentar, bearb. von Finke, Hefermehl, Seiler, Münster 1958
- ESENER, Turhan
- L'obligation de réparer les préjudices résultants du divorce en droit suisse, Genf 1951
- ETTER, Ernst
- Die vorsorglichen Maßregeln im Ehescheidungs- und Ehetrennungsprozeß nach Art. 145 ZGB, Aarau 1933 (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft)
- FERID, Murad
- Der Neubürger im internationalen Privatrecht, 1. Teil: Allgemeine Grundlagen, Berlin und Tübingen 1949
- FRANKENSTEIN
- Internationales Privatrecht (I 1926, II 1929, III 1934), Berlin
- FREY, Hans
- Die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern nach schweizerischem Recht, Zürich 1948
- FREI, H.
- Die familienrechtliche Verpflichtung des Zusammenwirkens zwischen Ehegatten, insbesondere in Beruf und Gewerbe, zur Sicherung der wirtschaftlichen Existenz der ehelichen Gemeinschaft, Freiburg 1935
- FÜHRER, J.
- Die Adoption und die Legitimation und die Kindesanerkennung im internationalen Recht, unter besonderer Berücksichtigung der schweizer Verhältnisse, Langensalza 1926
- GEROLD
- Ehegesetz Kontrollratsgesetz Nr. 16 vom 20.2.1946, 1950
- GIGNOUX, L. John
- Der Verlöbnißbruch im schweizerischen ZGB, Heidelberg 1911

- GLÄSSING, Helmut Die Reform der materiellen Voraussetzungen der Adoption, Hamburg 1956
- GLASER Die rechtliche Natur des Verlöbnisses nach dem BGB, Halle 1904
- GMÜR, Max Familienrecht, 1. Abt.: Das Eherecht, 2. Aufl., Bern 1923 (Berner Kommentar, Bd. II, 1. Abt.)
- v. GODIN, H. Reinhardt Ehegesetz, 2. Aufl., Berlin 1950
- GÖNENSAY, Ahmet Medeni Hukuk, II. Bd. Aile Hukuku, Istanbul 1937
Samim
- GULDENER, Max Das interkantonale und internationale Zivilprozeßrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 1958
- GUTZWILLER, Max Internationales Privatrecht; in Stammler, Das gesamte deutsche Recht, Teil VIII, Berlin 1931
- HABICHT, Hermann Internationales Privatrecht nach dem EGBGB, Berlin 1907
- HAESCHEL, Alix Le devoir d'entretien entre époux, Lausanne 1942
- HINDERLING, Hans Das schweizerische Scheidungsrecht; eine Darstellung der Rechtsprechung, Zürich 1952
- HOFFMANN Die Stellung der Vormundschaftsbehörde als familienrechtliches Kontrollorgan, Zürich 1950
- HOFFMANN - Ehegesetz nebst Durchführungsverordnungen, München
STEPHAN und Berlin 1950
- HUBER, Eugen System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 4 Bde., Basel 1886-1893
- ISLER, Eugen Das Verbot der Zwangsvollstreckung unter Ehegatten nach dem schweizerischen ZGB, Zürich 1950
- JAGMETTI, Marco A. Die Anwendung fremden Kollisionsrechts durch den inländischen Richter, Zürich 1961 (Beitrag zum schweiz. IPR)
- JAYME, Erich Spannungen bei der Anwendung des italienischen Familienrechts durch deutsche Gerichte, München 1961

- KAHN, Franz Abhandlungen zum IPR, 2 Bde., 1928
- KALLMANN, Francois Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche, Basel 1946
- KARAFAKIH, Ismail Hukuk Muhakemeleri Usulü Esaslari, Istanbul 1952
Hakki
- KEGEL, Gerhard Internationales Privatrecht, 2. Aufl., München und Berlin 1964
- KEIDEL, Theodor Freiwillige Gerichtsbarkeit (Handausgabe), 8. Aufl., München und Berlin 1963
- KNAUBER, Karl H. Zur Reichweite der Art. 7 EGBGB, München 1960
- KNITTEL, Wilhelm Geltendes und nichtgeltendes Auslandsrecht im internationalen Privatrecht, München 1963
- KRÜGER -
BREETZKE -
NOWAK Gleichberechtigungsgesetz, München und Berlin 1958
- LEHMANN, Heinrich Deutsches Familienrecht, Berlin 1960
- Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., Berlin 1958
- LENZ, Oilly Die Schlüsselgewalt der Ehefrau im schweizerischen Privatrecht, Zürich 1917
- LEUENBERGER, Hans Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft nach Art. 169 ff. ZGB, Bern 1944
Rudolf
- Das Verlöbnis im schweizerischen Recht mit Berücksichtigung des neuen schweizerischen ZGB, Bern 1908
- LEWALD, Hans Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung, Leipzig 1931
- LIENERT, Xaver Die Schuld bei der Ehescheidung nach schweizerischem Recht, Aarau 1950
- LUTTER, Marcus Das Eheschließungsrecht in Frankreich, Belgien, Luxemburg und Deutschland, Frankfurt/M. und Berlin 1963

- MAKAROV, Alexander Quellen des internationalen Privatrechts, Berlin und Tübingen I 1953, II 1960
- Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, Stuttgart 1947
- MASSFELLER, Franz Das neue Familienrecht (Gleichberechtigung von Mann und Frau) - Gesetzesentwurf - , Frankfurt/M. und Berlin
- Das gesamte Familienrecht, Frankfurt/M. und Berlin 1958
- MATHIES, Heinrich Die deutsche internationale Zuständigkeit, Frankfurt/M. 1955
- MEILI, F. Das internationale Zivilprozeßrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, Zürich 1906
- MEYER, Iris Die Pflicht der Ehegatten zu wirtschaftlichem Beistand, Bern 1941 (Abh.z. schweiz. Recht, N.F.181)
- MOHR, Nicolaus Das Verlöbniß in seiner juristischen Konstruktion und praktischen Bedeutung nach BGB für das deutsche Reich, Rostock 1903
- MÜLLER -
FREIENFELS Ehe und Recht, 1962
- NEDKOFF, Georg Das Verlöbniß im schweizerischen internationalen Privatrecht, Affoltern 1934
- NEUHAUS, Heinrich
Paul Die Verpflichtungen des unehelichen Vaters im deutschen IPR, Stuttgart und Köln 1953
- NEUNER, Robert R. Der Sinn der international-privatrechtlichen Norm, Brünn - Prag - Leipzig - Wien 1932
- NIEDERER, Werner Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR, Zürich 1954
- NUSSBAUM, Arthur Deutsches internationales Privatrecht, Tübingen 1932
- OSER, H. -
SCHÖNENBERGER, W. Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweiz. ZGB, Zürich 1929, 1936, 1945

- PADRUTT, Willy Die Ehestörungsklage, Bern 1954 (Abh.z. schweiz. R., N.F. 309)
- PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 21. Aufl., München und Berlin 1962, in den Bearbeitungen von Danckelmann - Keidel - Lauterbach
- PFEIFFER - STRICKERT Personenstandsgesetz (Kommentar), Berlin 1961
- PFYFFER, Franz Die Wirkungen der Ehetrennung nach dem schweiz. ZGB, Luzern 1949
- PLANCK Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. IV: Familienrecht, Berlin 1906
- RAAPE, Leo Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Frankfurt/M. 1961
- Die Staatsangehörigkeit kraft Eheschließung und kraft Abstammung, Hamburg 1948
- Staatsangehörigkeitsprinzip und Scheidungsakt, Berlin 1943
- Einführungsgesetz Art. 7-31 (Staudingers Kommentar zum BGB, Bd. VI, Teil 2, 9. Aufl. 1931)
- REU, Fritz Die staatliche Zuständigkeit im IPR, Marburg 1938
- RIEZLER, Erwin Zur sachlichen internationalen Unzuständigkeit, Beiträge zum Zivilprozeßrecht, Sonderdruck, München und Berlin (Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg)
- Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, Berlin und Tübingen 1949
- ROSENBERG, Leo Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961
- ROSENBERG, Rita Anerkennung ausländischer Ehescheidungsurteile im internationalen Privat- und Prozeßrecht, Würzburg 1953
- SAYMEN, Ferit Hakki Türk Medeni Hukuku, Bd. I Sahsin Hukuku, Istanbul 1948; Bd. II Aile Hukuku, Istanbul 1960

- SAYMEN - Türk İctihatlar Külliyyati, İstanbul 1950 - 1963
- ERMAN -
- ELBİR
- SAYMEN - Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, İstanbul 1956
- OGUZMAN
- SEVİĞ, Muammer R. Devletler Hususi Hukuku, 3. Aufl., 1962
und Vedat R.
- SEVİĞ, Muammer Rasit T.C. Kanunlar İhtilafi Sentezi, İstanbul 1941
- SOERGEL - Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar) Bd. I 1959
SIEBERT in Bearbeitungen von Siebert und Seidel; Bd. IV
1963 in Bearbeitungen von Vogel, Lade, Lange H.;
Bd. V 1961, Art. 7-31 EGBGB in der Bearbeitung
von Kegel
- SPIEGEL, Kurt Das Verlöbniß im deutschen IPR, Heidelberg 1929
- STAUFFER, W. Obligationenrecht, Schluß- und Übergangsbestim-
mungen, Bern 1940 (Berner Kommentar, Bd. VII,
7. Abt.)
- Der Eheschließungsgerichtsstand in der Schweiz,
Bern 1922 (Abh. z. schweiz. R. N.F. 96)
- STEIN - Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl.,
JONAS Tübingen 1953; bearbeitet von Schöнке, fortge-
führt von Pohle
- STUTZ, Ulrich Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem
bürgerlichen Recht, Tübingen 1900
- SCHLATTER, Ernst S. Änderung und Aufhebung des Güterstandes in ihren
Wirkungen auf die Rechte Dritter, Zürich 1952
- SCHLATTER, Anna Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft, Zürich
Margeretha 1920
- SCHMITT - Die Eintragungen in deutsche Personenstandsbücher
PETERS in Fällen mit Auslandsberührung, Frankfurt/M. und
Berlin 1960
- SCHNITZER, Adolf Handbuch des internationalen Privatrechts, 4. Aufl.,
Basel 1957

- SCHNITZER, Adolf Vergleichende Rechtslehre, 2 Bde., 2. Aufl., Basel 1961
- SCHULTZ, K. Die privatrechtliche Stellung der Ehefrau nach zürcherischem Recht und nach dem ZGB, Zürich 1908
- SCHWARZ, Andreas Aile Hukuku (Terc.B.Davran), Bd. I, 2. Aufl., Istanbul 1946
- TEPECI, Kamil Notlu ve izahli Türk Kanunu Medenisi (Kommentar), Istanbul 1959
- TETIK Medeni Kanuna Ait Temyiz Kararlari, Ankara 1940
- TOMFORDE -
DIEFENBACH, F. -
WEBLER, H. Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Ausland, 5. Aufl., Köln und Berlin 1953
- TUOR, P. Das schweizerische Zivilgesetzbuch (Das neue Recht), 6. Aufl., Zürich 1953
- TÜRKMEN, Salih Les restrictions apportées au principe de l'egalité des époux par les dispositions du CCS, Genf 1942
- VELIDEDEOGLU, Hifzi Türk Medeni Hukuku, Bd. II, Aile Hukuku, 3. Aufl., Veldet Istanbul 1956
- VISCHER, Frank Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht, Basel 1953
- WALKER, Gustav Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Wien 1926
- WEINMANN, Emil Die Prozeßkostenvorschußpflicht der Ehegatten im Scheidungsverfahren, Zürich 1950
- WIECZOREK Zivilprozeßordnung, 7 Bde., Berlin 1957-59 (Ergänzungsband 1963)
- WIERUSZOUSKI, A. Handbuch des Eherechts, Bd. I 1900, Bd. II 1904 (unvollendet)
- WIMMER, Wilhelm Die Adoption im internationalen Privatrecht, München 1958
- WOLFER, Ernst Die Verpflichtungen der Ehefrau zugunsten des Ehemannes nach dem schweizerischen ZGB, Zürich 1927

- WOLFF, Martin Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Berlin - Göttingen - Heidelberg 1954
- YÖRÜK, Abdülhak Kemal Nazari ve Ameli Devletler Hususi Hukuku; Kanunlar ihtilafi nazariyeleri ve esaslari, tesrii selahiyet ihtilafлари, Istanbul 1950
- ZIHLMANN Der Verlöbnißbruch im modernen Recht, Zürich 1902
- ZIMMERLI, Jakob Die außereheliche Vertretungsbefugnis der Ehefrau im ZGB, Zürich 1946
- ZITTELMANN, Ernst Internationales Privatrecht, Leipzig und München, Bd. I 1897, Bd. II 1912

II. Abhandlungen und Aufsätze aus Zeitschriften:

- ALBERS Einzelfragen der Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses, StAZ 1952, 50 ff.
- ARIK Bosanmada memnuiyet müddeti meselesi, İzm.Bar. Derg. 1943, 505 ff.
- BACHMANN Prozeßrechtliche Fragen, ZSR N.F. 20, 568 ff.
- BECHTOLD Konkurrenz inländischer und ausländischer Todeserklärungen, NJW 1952, 52 ff.
- BEITZKE Der deutsche Staatsanwalt im Statusprozeß von Ausländern, ZAIP 23 (1958), 708 ff.
- Vaterschafts- und Mutterschaftsanerkennnisse sowie Legitimation nach ausländischem Recht, StAZ 1962, 237 ff.
- Sorgerechtsregelung bei Ausländerkindern, Festschr. für H. Lehmann, zum 80. Geburtstag, Berlin - Tübingen - Frankfurt/M. 1956, 493 ff.
- Internationale Zuständigkeit in Legitimationssachen, Festschr. für H. Kraus, 1954, 23 ff.
- BERGENROTH Leukotonomie und Scheidung wegen Geisteskrankheit, DRiZ 1954, 141 ff.

- BERGMANN Die Adoption eines deutschen Kindes durch schweizerische Staatsangehörige, StAZ 1929, 271 ff.
- BERKI, Osman Fazil Türk hukukunda evlat edinme ve evlatligin mirasi, Ank. Huk. Fak. Mec. 1952, 2 ff.
- BOEHMER Die Ehestörungsklage, FamRZ 1955, 7 ff.
- Die neueste Rechtsprechung zur Frage der Ehestörungsklage, FamRZ 1957, 196 ff.
- Zur Frage der Unterlassungs- und Schadensersatzklage bei Ehestörungen, JZ 1953, 745 ff.
- Das Problem der Brautkinder im deutschen und schweizerischen Recht, NJW 1963, 1945
- BOSCH Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29. 7. 1959, FamRZ 1959, 406 ff.
- Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29. 7. 1959, 430 ff.
- BRAGA Die Gleichberechtigung von Mann und Frau und das deutsche IPR, MDR 1952, 266 ff.
- DEHNER Die Wiederheirat in Deutschland geschiedener Ausländer, NJW 1963, 2201 ff.
- DOĞANAY[^] Evlat edinme ve bir kimse kardesini evlat edinebilir mi?, Ad. Der. 1948, 746 ff.
- DÖLLE Zur Behandlung der bigamischen Ehe im IPR, Festschr. für G. Boehmer, Bonn 1954, 134 ff.
- Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, Festschr. für E. Kaufmann, Stuttgart und Köln 1950, 19 ff.
- Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZAIP 27 (1962), 201 ff. (= DNotTag 1961, 29 ff.)
- Die Gleichberechtigung der Geschlechter und IPR, ZAIP 18 (1953), 119 ff.

- DÖLLE Die persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen Ehegatten im deutschen internationalen Privatrecht, ZAIP 16 (1951), 360 ff.
- EGGER Über Scheinehen, Festschr. für F. Fleiner, 1937, 85 ff.
- EISSER Die Anerkennung der Persönlichkeit der Ehefrau im neuen Eherecht, FamRZ 1959, 177 ff.
- ELBIR Kardesin evlat edinilmesi ve "adoptio imitatur naturum" fikri, Sos. Huk. ve İkt. Mec. 1950, sy. 24, S. 540 ff.
- ERMEL Unzulässigkeit von Ehescheidungsstrafen im deutschen Rechtsgebiet, StAZ 1940, 40 ff.
- ESENER Bosanmanin fer'i neticelerine dair mukaveleler, Ank. Huk. Fak. Der. 1951, 610 ff.
- FERID Zur Auflösung italienischer Ehen durch deutsche Gerichte, StAZ 1953, 281 ff.
- Zur kollisionsrechtlichen Behandlung von Inländern mit zugleich ausländischer Staatsangehörigkeit, ZAIP 23 (1958), 498 ff.
- Beischreibung der unehelichen Vaterschaft nach § 30 PStG auf Grund ausländischer Urteile, StAZ 1953, 50 ff.
- Beerbung eines bigamen Erblassers, in dessen einer Ehe die Zugewinnngemeinschaft gegolten hat, FamRZ 1963, 410 ff.
- Buchbesprechung über "Kegel, IPR", FamRZ 1961, 401
- FICKER Der Name der geschiedenen Ehefrau im deutschen IPR, ZAIP 16 (1951), 32 ff.
- FIRSCHING Der Ehe- und Erbvertrag im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht, DNotZ 1954, 229 ff.
- FISCH Die Anerkennung außerehelicher Kinder durch den Vater nach schweizerischem ZGB, StAZ 1955, 155 ff.

- FISEK Nesebin Tashihi, An.Huk.Fak.Mec. 1951, 555 ff.
- FISCHER Feststellung der Legitimation eines im Inland geborenen unehelichen Kindes, dessen Eltern Ausländer sind und im Ausland geheiratet haben, StAZ 1963, 24 ff.
- FRANKENSTEIN Anmerkung zur Entscheidung des RG vom 5.12.1927, JW 1928, 905
- GAMILLSCHEG Die Anfechtung der Ehelichkeit durch den Staatsanwalt, ZAIR 21 (1956), 257 ff.
- Die wesenseigene Zuständigkeit bei der Scheidung von Ausländern, Festschr. für H. Dölle (Vom deutschen zum europäischen Recht), Bd. II, Tübingen 1963, 298 ff.
- Anmerkung zur Entscheidung des LG Hannover vom 19.4.1961, JZ 1963, 22 ff.
- GÖNENSAY Evli kadınlar ticaret yapabilirler mi?, İkt. Sur. 1940, sy. 7, S. 5 und sy. 9, S. 6 und 24
- GÖPPINGER Die Voraussetzungen der Ehelichkeitserklärung gemäß § 1734 BGB i.d.F. des FamRÄndG v. 11.8.1961 (BGBl I 1221), FamRZ 1963, 272 ff.
- GÖTZ Familienname der schweizerischen Ehefrau, StAZ 1957, 166
- GUGGUMOS Die Befreiung von der Beibringung des ausländischen Ehefähigkeitszeugnisses, StAZ 1954, 2 ff.
- GYMNICH Ehefähigkeitszeugnisse aus der Türkei, StAZ 1960, 25
- (Legitimations- ?)randvermerk ohne Legitimation, StAZ 1960, 132 ff.
- HENRICH Zur Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes im internationalen Privatrecht, FamRZ 1958, 122 ff.
- HIRSCH Die Quellen des IPR in der Türkei, Festschr. für H. Lewald, Basel 1953, 243 ff.

- HIRSCH Das schweizerische ZGB in der Türkei, SchJZ 50 (1954), 337 ff.
- KEGEL Reform des deutschen internationalen Eherechts, Die Vorschläge der 2. Abteilung des deutschen Rats für IPR, ZAIP 25 (1960), 201 ff.
- LANGE Die Lücke im Kindschaftsrecht, NJW 1961, 1889 ff.
- Fragen des Eheschließungsrechts, AcP 145, 129 ff.
- LAUTERBACH Deutscher Rat für IPR, ZAIP 25 (1960), 339 ff.
- LETZGUS Die Eheschließung im deutschen internationalen Privatrecht, AcP 145, 177 ff.
- LUTHER Ersatz immaterieller Schäden bei Verlöbnißbruch im internationalen Privatrecht und in Auslandsrechten, FamRZ 1959, 475 ff.
- MAKAROV Die Gleichberechtigung der Frau und das internationale Privatrecht, ZAIP 17 (1952), 382 ff.
- MARDIN Adalet Vekaleti'nin suallerine cevap, Ad.Der.1942, 1357 ff.
- MASSFELLER Anmerkung zur Entscheidung des RG v. 7.3.1938, JW 1938, 1259
- Ehelichkeitserklärung eines scheinehelichen Kindes, StAZ 1963, 197 ff.
- MEISCHNER Eheverbote der Adoptionsverwandtschaft, StAZ 1960, 249
- MÜLLER - FREIENFELS Zur heutigen Schlüsselgewalt, Festschr. für H. Lehmann, Tübingen - Frankfurt/M. - Berlin 1956, 383 ff.
- MÜLLER Grenzen der Zulässigkeit der Bestätigung einer Kindesanerkennung nach ausländischem Recht durch ein deutsches Gericht, StAZ 1936, 70 ff.
- NEUHAUS Internationales Zivilprozeß- und internationales Privatrecht, ZAIP 20 (1955), 201 ff.

- NEUHAUS Legitimation und ordre public, ZAIP 20 (1955), 341 ff.
- Internationale Zuständigkeit für rechtsgestaltende Entscheidungen, FamRZ 1959, 482
- Familieneinheit im IPR (zugleich ein Beitrag zur Versöhnung von Staatsangehörigkeits- und Domizilprinzip), ZAIP 20 (1955), 52 ff.
- Europäisches Familienrecht, Festschr. für Dölle (Vom deutschen zum europäischen Recht), Bd. II, Tübingen 1963, 419 ff.
- NEUMAYER Ehescheidung und Wiedererlangung der Ehefähigkeit (eine kollisionsrechtliche Betrachtung zum Phänomen der gespaltenen Ehe), ZAIP 20 (1955), 66 ff.
- NIEDERLÄNDER Materielles Recht und Verfahrensrecht im internationalen Privatrecht, ZAIP 20 (1955), 1 ff.
- ÖKTEM Türk sebebile bösanma davasına tekaddüm eden ihtar nasıl yapılmalıdır?, Iz.Bar.Der. 1945, sy. 10, S. 14
- PAGENSTECHER Wann hat der deutsche Richter eine Rückverweisung zu beachten?, NJW 1952, 801 ff.
- Werden die Partei- und Prozeßfähigkeit eines Ausländers nach seinem Personalstatut oder nach den Sachnormen der lex fori beurteilt?, ZZP 64, 249 ff.
- PAULICK Buchbesprechung über "Enneccerus - Kipp - Wolff", 14. Aufl. , FamRZ 1957, 159 ff.
- PETERS Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen in Italien, StAZ 1960, 134
- Wiederheirat eines Ausländers in der Bundesrepublik auf Grund eines hier ergangenen Scheidungsurteils, das in seiner Heimat nicht anerkannt wird, StAZ 1960, 300
- Eheverbot der Adoptionsverwandtschaft, StAZ 1960, 249 ff.

- PETERS **Auseinandersetzungszugnis gemäß § 9 EheG, Rechtspfleger 1959, 341 ff.**
- PRITSCH Das schweizerische ZGB in der Türkei, ZAIP 24 (1959), 686 ff.
- Das schweizerische ZGB in der Türkei (seine Rezeption und die Frage seiner Bewährung), ZvglRechtswiss. 57 (1959), 123 ff.
- POSTACIOGLU İlhan, Evlenme mukaveleleri ve kari koca arasındaki anlaşımların hakim tarafından tasdiki lüzumunun hukuki mahiyeti, İst. Huk. Fak. Mec. 1946, 1152 ff.
- İlhan, Medeni Kanun m. 150/5 hakkında, Huk. Bil. Mec. 1940, 7275 ff.
- Sükrü, Medeni Kanun m. 150/5 ve bir federal mahkeme kararı, İzm. Bar. Der. 1945, sy. 31-36, S. 20 ff.
- RAAPE Gleiches und Ungleiches im Bereiche des internationalen Familienrechts, StAZ 1957, 214 ff.
- RABEL Aus der Praxis des deutschen internationalen Privatrechts, ZAIP 6 (1932), 310 ff.
- Das Problem der Qualifikation, ZAIP 5 (1931), 241 ff.
- REICHEL Gleichberechtigung der Geschlechter in der Ehe, DJZ 36, 1130
- Ausländerscheidung, AcP 124, 200 ff.
- REINICKE Buchbesprechung über "Palandt, BGB 16. Aufl.", NJW 1957, 702
- SATTER Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen, ZAkDR 1946, 161 ff.
- SERICK Parallelwirkungen im internationalen Privatrecht, ZAIP 21 (1956), 207 ff.
- SEVIG[^] Muammer Rasit, Türk kanunlarının nüfuz sahası, İst. Huk. Fak. Mec. 1962, sy. 2, S. 199 ff.
- SIEGRIST Gleichberechtigung von Mann und Frau und internationales Privatrecht, ZAIP 24 (1959), 54 ff.

- SPIELMANN Inwieweit kann die Ehefrau ohne Zustimmung der Vormundschaftsbehörde im Interesse des Ehemannes interzedieren?, Festgabe solothurnischer Juristen zum 75-jährigen Bestehen des schweizerischen Juristenvereins, Solothurn 1936, 111
- SÜSS Die Anerkennung ausländischer Urteile, Festgabe für Leo Rosenberg, München und Berlin 1949, 229 ff.
- SCHWAB Feststellung des Verschuldens im Ehenichtigkeitsurteil, JZ 1955, 730 ff.
- SCHWIMANN Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte gegenüber Ausländern zur Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen geschiedenen Eltern und Kindern, FamRZ 1959, 325 ff.
- SCHUSTER Ehescheidung von Ausländern, JW 1932, 2228 ff.
- Die Vorbehaltsklausel bei der Ehescheidung von Ausländern in Deutschland, ZAIP 6 (1932), 517 ff.
- SCHWOERER Kann das deutsche Gericht im Scheidungsstreit österreichischer Parteien einen Prozeßkostenvorschuß auferlegen?, FamRZ 1959, 449 ff.
- Zur Frage der Wirksamkeit von Alleinvertretungsakten aus der Zeit der Scheinherrschaft des § 1629 I BGB N.F., NJW 1960, 1419 ff.
- Was nun? (Betrachtungen zum Gleichberechtigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts v. 29.7.1959, NJW 1959, 2089 ff.
- Wird das uneheliche Kind einer deutschen Mutter durch nachfolgende Ehe legitimiert, wenn ein Franzose die Mutter heiratet und dabei vor dem Standesbeamten das Kind anerkennt, obwohl er nicht der Vater ist?, StAZ 1953, 145 ff.
- THIEME Sind die familienrechtlichen Art. des EGBGB mit dem GG vereinbar?, MDR 1963, 1 ff. und 88 ff.
- TIMUR Eski Türk hukukumuzda nisanlanma ve kalim müessesesi, E. Mardin Armagani, Istanbul 1944, 1137 ff.

- TOBLER Zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft durch die Ehefrau, SchJZ 19, 161 ff.
- VELIDEDEOGLU Erfahrungen mit dem Schweizerischen ZGB in der Türkei, ZSR 1962, 51 ff.
- VÖLKER Das künftige Eheschließungsrecht, StAZ 1953, 3 ff.
- WAHL Zum internationalen Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Personen und Familiensachen, ZAIP 10 (1938), 43 ff.
- WEISS Die Pflicht der Ehegatten, sich im Ehescheidungsprozeß Kostenzuschüsse zu leisten, Festschrift für H. Fritzsche (zum 70. Geburtstag) 1952, 149 ff.
- WENGLER Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht, Festschrift für M. Wolff, Tübingen 1952, 336 ff.
- Die Funktion der richterlichen Entscheidung über internationale Rechtsverhältnisse, ZAIP 16 (1951), 1 ff.
- YÖRÜK Nafaka mükellefiyeti bakımından kanun ihtilafi, Ist. Bar. Mec. 1938, C. 12, S. 12.
-

LEBENS LAUF

Am 1. Juni 1937 wurde ich als Sohn der Lehrereheleute Ismail und Melek Narlioğlu in Beypazari geboren. Im September 1943 kam ich dort in die Grundschule, besuchte diese fünf Jahre lang und trat dann im September 1948 in die Mittelschule in Konya über. Ab September 1951 besuchte ich das Kuleli-Gymnasium in Istanbul und legte an dieser Schule im Juni 1955 die Abschlußprüfung ab, die dem deutschen Abitur gleichsteht.

Danach trat ich in die Militärakademie in Ankara ein, wurde dort 1957 Offizier und studierte anschließend an der gleichen Akademie noch zwei Jahre. 1960 verließ ich die Pionierfachschule in Istanbul als Pionier-Leutnant.

Daneben begann ich bereits 1956/57 an der Universität Ankara das Studium der Jurisprudenz. Im Sommer 1961 bestand ich in Ankara die Universitätsabschlußprüfung.

Danach kam ich dank eines Stipendiums des deutschen akademischen Austauschdienstes an die Universität München. Im Wintersemester 1961/62 und im Sommersemester 1962 legte ich Prüfungen über die Grundzüge des deutschen privaten und öffentlichen Rechts ab und erhielt dafür ein Zertifikat der Universität München. Außer der vorgelegten Dissertation schrieb ich im Sommersemester 1963 bei Prof. Dr. Pohle eine Seminararbeit auf dem Gebiet des internationalen Zivilprozeßrechts.

München, den 22. 12. 1964

